CAPÍTULO I

CONCEPTO Y CONTENIDO DEL DERECHO MERCANTIL

BIBLIOGRAFÍA: BARRERA GRAF, Jorge, *Tratado de Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1957; CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho Mercantil*, Editorial Herrero, México, 1975; DE PINA VARA, Rafael, *Elementos de Derecho Mercantil Mexicano*, 10ª ed., México, 1983; GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, 7ª ed., reimpresión, Editorial Porrúa, S. A., México, 1979, tomo I, Parte I; GIRÓN TENA, José, *El concepto del Derecho Mercantil*, Artes Gráficas y Ediciones, tomo I, Madrid, 1954; MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho Mercantil, Introducción y conceptos fundamentales, sociedades*, 24 edición, México, 1986; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, 3ª ed., México, 1957· SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil*, tomo I, Valladolid, 1967; URÍA, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, S. A., Madrid, 1966; VIVANTE, César, *Tratado de Derecho Mercantil*, trad. esp. de la 5ª edición italiana, tomo I, Madrid, 1936.

1. EL CONCEPTO DEL DERECHO MERCANTIL

La naturaleza y el concepto mismo de esta disciplina se dan en relación con el comercio; el derecho mercantil es el derecho que regula al comercio. Sin embargo, como hemos de ver, el concepto del comercio, a su vez, es por una parte demasiado amplio, como para considerar que todas las actividades económicas que él comprenda formen parte de nuestro derecho mercantil; y por otra parte, resulta estrecho, en cuanto que ciertas operaciones y determinadas materias que no constituyen actividades de comercio, están reguladas por dicha disciplina.[1]

Así, en general las actividades agrícolas, en el sentido amplio del término (es decir, cultivo y explotación de la tierra, del ganado y de ciertas especies animales), y las correspondientes a los profesionistas liberales (licenciados en derecho, en administración de empresas, en economía, etc.), son, y tradicionalmente han sido ajenas al Derecho Mercantil; contrariamente, esta rama del derecho comprende áreas no comerciales, como la expedición de títulosvalor respecto a actividades civiles (vgr. pago de honorarios de abogados, o de servicios funerarios), o como la utilización de navíos para fines deportivos o científicos.

Lo que sucede es que no debe tomarse el sentido económico del comercio, sino su concepto legal. Económicamente, es comercio la "negociación, trato y

[1] "Ni todo el derecho del comercio es Derecho Mercantil, ni todo el Derecho Mercantil es un derecho para el comercio", GARRIGUES, p. 15.

tráfico de mercaderías, de dinero con mercantes o mercaderes" (Diccionario de Autoridades); la actividad de éstos, como intermediarios, y el intercambio de bienes con el propósito de obtener ganancias.

De donde la actividad comercial siempre se daría en función de la actividad de un comerciante, en relación con mercaderías; y lo cierto es que aunque esto sí constituya la materia propia de tal disciplina, ni ella se agota en el tráfico de mercancías a través de comerciantes, ni explica que también comprenda negocios y actos individuales y aislados, y aquellas en que no intervienen mercaderes, pero que recaigan en cosas, desde el punto de vista jurídico, que no sean mercancías, como la empresa, o la prestación de ciertos servicios.

Y si a dicho tráfico se agrega la intención especulativa, tampoco se precisa el alcance y el contenido del derecho mercantil, en cuanto que muchos actos dentro de dicha actividad no son lucrativos (e.g. la adquisición de una letra de cambio), y algunos que siéndolo están regidos por el derecho civil y no por el mercantil (por ejemplo, la venta por el agricultor de sus productos agrícolas).

El concepto legal de comercio es el determinante. Cuál sea éste, corresponde precisarlo al derecho positivo de un lugar y en un momento determinado: lo que aquí y ahora se considere como tal por la ley o por la costumbre. No se trata, pues, de un concepto a *priori* y absoluto, sino, por el contrario, posterior al análisis de dichas fuentes del derecho, y con efectos meramente relativos: el derecho comercial es lo que la legislación mercantil actual considera como propio de dicha rama.[2] No es posible, pues, dar una definición lógica sino apenas hacer una enumeración más o menos sistemática de las materias que esta disciplina comprende.

Ahora bien, ni el contenido del derecho mercantil, ni su evolución constante, son producto arbitrario y exclusivo del legislador, ni a tal derecho son ajenas ciertas notas que sirven para orientar la creación y la interpretación de sus normas y principios, aunque ellas no sean esenciales, sino naturales, y que, en consecuencia, falten en ocasiones a los actos mercantiles: tales notas son el carácter o intención lucrativa de alguna o de todas las partes que intervienen en un negocio jurídico, la intermediación del comerciante, la uniformidad de preceptos en el derecho mercantil comparado.

Por otra parte, al considerar en este apartado el concepto del Derecho Mercantil, debemos indicar que en él se comprenden tanto las normas y los principios de carácter privado, que son los tradicionales y clásicos de esa rama, perteneciente al derecho privado, como los de carácter público (de derecho público) referentes a las actividades económicas en que el Estado interviene, ya sea en forma exclusiva (art. 28 párrafos cuarto y quinto de la Constitución), o bien mayoritaria o minoritariamente, con los particulares, así como en áreas y actividades económicas de interés social; como es el caso del derecho al consumo y de las inversiones extranjeras. No afecta, pues, a la unidad

[2] Lo que no significa que el legislador pueda caprichosamente calificar de mercantiles a cualesquiera instituciones o convenios: hay barreras insuperables y principios que por la tradición, por el sistema jurídico local, en contraposición al federal, y en fin por ser esencialmente civiles (vgr. contratos de renta vitalicia, de aparcería), son ajenos al derecho mercantil.

de la disciplina y al carácter mercantil de actos, negocios y documentos que ellos se rijan por reglas de derecho público o privado.[3]

2. El derecho mercantil como categoría histórica

El derecho mercantil es un producto tardío del derecho privado. Nace en la Edad Media, para atender las necesidades de los mercaderes, como reacción al derecho civil romano que, pese a la benéfica influencia del Pretor, resultaba, por una parte, excesivamente formalista y por la otra, esquemático e insuficiente para regular las nuevas necesidades económicas.

Su nacimiento ocurre en el seno de los gremios y de las corporaciones de los comerciantes matriculados, en las ciudades italianas, a virtud del intercambio de mercaderías entre plazas y mercados distintos, que realizaban aquéllos. Por otra parte, para la solución de los problemas y de las diferencias, ahí donde no resultaban aplicables o atinados los principios tradicionales del derecho romano, se acudió a los usos de los propios comerciantes, que eran similares, por referirse a las mismas actividades económicas.

Así pues, el derecho mercantil surgió como un *derecho especial* (no excepcional), frente al común o general que era y seguiría siendo el derecho civil; como un derecho *profesional* (de los comerciantes); de carácter *consuetudinario* y *uniforme*, por regular solamente, y en todas partes, iguales necesidades y similares relaciones de los mercaderes. "Era el derecho creado por los propios comerciantes, para regular las diferencias surgidas entre ellos en razón del trato o comercio que profesionalmente realizaban" (Uría).

A sistema semejante correspondieron, además, ciertas notas que lo especializaron y lo distinguieron: el *lucro*, porque el quehacer de los mercaderes siempre era con ánimo especulativo; la *celeridad* de las transacciones que el tráfico imponía, lo que a su vez exigía la *ausencia de las formalidades* propias del sistema del *ius civile*;[4] el *carácter universal o internacional* de las reglas uniformes y de aquellos principios, en cuanto que se aplicaban a tratos y negocios semejantes aunque celebrados a distancia; y por último, la *reiteración* de actos celebrados por y a través de los comerciantes (se trataba de la actividad de éstos), que imponía la utilización de esquemas, de tratos y contratos, y de soluciones parecidas o iguales.

3. Desarrollo del derecho mercantil

Con tales notas, el nuevo derecho se separó del derecho civil, aunque conservó de éste su carácter de derecho privado, ya que se concretaba a regular los intereses de los particulares, y a establecer reglas aplicables a los derechos subjetivos en sentido estricto; y en tanto que el derecho civil permaneció estático e

[3] Cfr. Garrigues, p. 18.

[4] Bussi, Emilio, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, Padua, 1937, ps. 236 y s., que hace referencia a la contribución de Bartolo y Baldo, principalmente, al surgimiento y al primer impulso del derecho comercial.

inmutable, el mercantil creció en forma impetuosa, creando no solamente nuevos contratos (de seguros, de transporte, de prenda, etc.), instrumentos (títulosvalor), instituciones (sociedades mercantiles); y fijando principios sobre la contratación entre ausentes, la limitación de la responsabilidad, la representación, y muchos más, sino también, imponiendo sus propias soluciones al derecho común, y absorviendo o asimilando materias tradicionalmente reguladas por él, con lo que cercenaba partes de éste e imponía una tendencia hacia la *comercialización del derecho privado* (Infra III-4).[5]

Como derecho de los comerciantes exclusivamente, el derecho mercantil perduró hasta principios del siglo XIX, en que se dictó el Código de Comercio francés, el cual entró en vigor el 1º de enero de 1808. A partir de entonces, se caracterizó como un derecho escrito, objetivo y especial. Los cambios fundamentales estribaron en la *codificación* del derecho mercantil y en predicar la naturaleza de los *actos de comercio* y de los contratos comerciales, no ya en función de la actividad del comerciante (criterio subjetivo), sino de operaciones, obligaciones y empresas que se enumeraron en los arts. 632, 633 y 634, y que el Código "reputó" como actos de comercio, independientemente del sujeto que los realizara *(criterio objetivo)*. A través del Código de Comercio italiano de 1882 ese nuevo sistema fue adoptado en nuestro Código de Comercio vigente desde el 1º de enero de 1890, que copió literalmente los arts. 2º y 3º del Ordenamiento ítalo, correspondientes a las disposiciones citadas del Código de Comercio de Napoleón.

Estos Códigos extendieron los límites del nuevo derecho mercantil para comprender tanto a los actos de comercio individuales o aislados, como a los actos colectivos o en masa, ejecutados en torno a la empresa; y además, para atribuir el carácter mercantil a los mixtos, o sea, aquéllos que resultaran civiles para una de las dos partes, y comerciales para la otra. Dichos Ordenamientos comprendieron a las empresas en la enumeración de los actos de comercio; es decir, que consideraron como mercantil la *actividad del empresario,* titular de dichas negociaciones o empresas, lo que equivalió a incluir dentro de dicha disciplina, a la industria, y no sólo al comercio estrictamente considerado, o sea, a la intermediación especulativo entre compradores y vendedores.

El reconocimiento legislativo de la empresa, o mejor dicho, de la actividad de su titular, o sea, del empresario, se produjo en el Código de Comercio alemán que entró en vigor el 1º de enero de 1900 (arts. 1º, 2º y 3º); con posterioridad, el Código Civil italiano de 1942, que unificó en un solo Ordenamiento el derecho civil y el comercial, reguló también esta materia y precisó en el art. 2082 que el empresario es "quien ejercita profesionalmente una actividad económica que se organiza con fines de la producción o el intercambio de bienes o de servicios".

Entre nosotros, el mismo concepto de actos reiterados, celebrados en forma masiva (actos en masa), se adoptó en la definición misma del comerciante: "hacer del comercio su ocupación ordinaria" (art. 3º fr. I, C. Co.).

[5] GARRIGUES, p. 33

4. EL DERECHO MEXICANO COMO DERECHO DE EMPRESAS

En medida creciente, la empresa o negociación y la ejecución por ella de *actos en masa,* han venido adquiriendo un papel preponderante en el moderno derecho, y concretamente en el derecho mercantil mexicano, hasta el punto de tener que considerarla como el elemento ampliamente predominante de la legislación mercantil, y como la base y fundamento de la mayor parte de los demás elementos de tal disciplina; o sea, de los actos de comercio individuales o aislados, del concepto y del carácter del comerciante, y de los negocios que recaigan sobre cosas mercantiles.[6] Empero, subsisten en nuestro sistema, como objeto del derecho comercial, *actos aislados,* ajenos a la empresa, vgr. emisión de cheques, no así los *actos mixtos,* es decir, que sean civiles para una de las partes y mercantiles por la otra, porque una reforma reciente (enero de 1988) los considera como actos mercantiles para esas dos partes.

Efectivamente, de las 23 fracciones del art. 75 C. Co., que enumera las operaciones que la ley reputa actos de comercio, trece de ellas, o sea, más de la mitad (más, si se tiene en cuenta que las frs. XX y XXI deben considerarse, a mi juicio, como una sola Infra V.9.1 y que la fr. XXIII plantea un falso supuesto de actos de comercio. Infra V.9.1.1), se refieren a la empresa, ya sea en forma expresa (frs. V a XI y XVI), o implícitamente, al aludir a la negociación a través de términos equivalentes (frs. XX, XXI y XXII), o de figuras jurídicas que siempre operan como tales empresas, como es el caso de los bancos (fr. XIV), del comercio marítimo y de la navegación interior y exterior (fr. XV), de los almacenes generales de depósito (fr. XVIII), de la venta de productos agrícolas en "almacén o tienda" plantada o establecida por los labradores (art. 4º en relación con 75 fr. XXIII).

Otros varios de los actos de comercio citados en ese artículo, normalmente se refieren a actividades de empresas, y sólo excepcionalmente a negocios y operaciones individuales, como son los llamados actos aislados de comercio. En efecto, las compras y ventas "verificadas con propósito especulativo", constituyen el quehacer de las empresas, nacionales y extranjeras, tantó por quienes compran como por los que venden, así como por los que transportan las mercancías y las aseguran: las operaciones de financiamiento (operaciones activas), de depósito de dinero en cuenta de cheques (operaciones pasivas), o de prestación de ciertos servicios como el fideicomiso, están reservadas a las empresas bancarias; los arrendamientos también especulativos de bienes muebles, o los de inmuebles celebrados por negociaciones inmobiliarias, suponen siempre la existencia y la explotación de una negociación comercial, a través de almacenes, oficinas, establecimientos, bancos, tiendas, etc., y esos actos, sólo excepcionalmente se realizan como actos aislados de comercio (como la compra que hace un particular de un lote de terreno o de un automóvil, con la finalidad de revenderlos a mejor precio).

Igual afirmación puede hacerse de las operaciones de comisión mercantil (fr. XII), o de mediación en negocios mercantiles, ya que en la mayor parte

[6] Sobre el tema en derecho español, Cfr. GARRIGUES, ps. 20 y s.

de los casos, cuando el comisionista y el mediador no tienen establecida empresa, esos contratos se celebran con empresas, o respecto a negocios en que ellas —su titular— son parte (actos de comercio conexos). Es posible, sin embargo, que se celebre la comisión o la mediación en relación con actos aislados de comercio, y entonces aquellos contratos adquieren por accesoriedad naturaleza comercial (Infra V.6).

Por lo que se refiere a títulosvalor, si bien con gran frecuencia no intervienen empresas comerciales en su emisión o trasmisión (casos de las frs. II, IV y XIX), otras veces sí intervienen (fr. XVIII y XX parte primera, y art. 3º LMV, que se refiere a los "valores" emitidos en serie o en masa), y siempre se consideran como cosas mercantiles (art. 1º LTOC), porque en su origen están vinculados con la actividad de los comerciantes y de las pequeñas empresas. Su carácter mercantil, como también sucede con los bonos u obligaciones emitidos por el Estado (fr. IV), se predica, en consecuencia, por extensión, respecto a su naturaleza prístina u original.

Otras leyes, además del C. Co., agregan a la lista del art. 75 C. Co., diversos actos de comercio relacionados con empresas. La Ley del Petróleo (Ley Reglamentaria del art. 27 constitucional en el ramo del petróleo; *D. O.* 29/XI/58), en el art. 12 establecía "que se consideran mercantiles los actos de la industria petrolera", y en el art. 4º atribuye de manera exclusiva a la empresa Petróleos Mexicanos (o a "empresas subsidiarias de dicha Institución o asociadas a la misma creadas por el Estado", art. 2º del Reglamento de dicha Ley, *D. O.* 9/II/71), que es una institución pública descentralizada, todas las actividades petroleras. La nueva Ley Minera (Ley Reglamentaria del art. 27 constitucional en materia minera, *D. O.* 22/XII/75), aunque no repite lo que disponía el art. 9 de la Ley anterior (*D. O.* 7/VIII/30), de ser actos de comercio los de dicha industria, así deben aún considerarse en cuanto se realicen a través de empresas (arts. 8º caput, 12 y 56 de la Ley vigente).

En materia de transportes de toda índole, la explotación de las "vías generales de comunicación" se realiza fundamentalmente por empresas (que el C. Co. art. 75 fr. VIII, califica de actos de comercio); e instituciones y fenómenos mercantiles de carácter empresarial, se desprenden de varios artículos de la Ley de Vías Generales de Comunicación (*D. O.* 19/II/40; Cfr. arts. 1º y 13 que también incluyen a "individuos", quienes, sin embargo, pueden ser los titulares de las empresas respectivas, arts. 52, 54, 57, 62 a 69, etc.).

La LN (*D. O.* 21/XI/63) atribuye a empresas navieras y buques la que considera como "fortuna de mar", o sea, el patrimonio de la empresa naviera, arts. 132 y 133), la transportación marítima, y maniobras conexas"; art. 1º.

Varias leyes recientes regulan en forma exclusiva o significativa actos y negocios concernientes a la empresa o negociación mercantil. Tales son, la LIE (*D. O.* 9/III/73, art. 8º; la LIM *D. O.* 10/II/76), arts. 4º, 43, 89, 118, 179; la Ley sobre el Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas (*D. O.* 30/XII/72), arts. 2º, 5º, 7º, etc. y la LPC (*D. O.* 22/II/1975), arts. 2º, 3º, 5º, etc., que resulta mercantil (y como tal, de aplicación federal), en cuanto que los 'proveedores" realicen "actividades de producción, distribución o comercialización de bienes o servicios a consumidores".

No obstante el papel tan importante de la empresa en el derecho mercantil, éste no es meramente un derecho de empresas (Iifra I.7), no sólo porque algunas de las materias reguladas por nuestra disciplina, son ajenas a tal figura, sino también porque algunas empresas tradicionalmente no quedan comprendidas en el derecho mercantil.

Por otra parte, el concepto de la empresa, de carácter económico, provoca que dicha figura no sea exclusiva del derecho comercial, sino que lo es también del derecho laboral, del fiscal, del internacional público (sociedad multinacioles), y del nuevo derecho económico (la empresa pública)[7]: si bien se trata de un concepto económico-jurídico, su regulación y tratamiento es común a varias ramas del derecho.

5. La actividad de los comerciantes

De acuerdo con la definición del comerciante que da el art. 3º fr. I C. Co., se requiere que la persona haga del comercio su ocupación ordinaria, lo que significa, no la realización de actos aislados, sino de varios de ellos, o sea, el ejercicio de una actividad comercial, profesionalmente (*una mercatura non facit mercatore sed professio et exercitium*, decía Baldo). Esto, repetimos, salvo casos de excepción, supone la existencia y la explotación de una empresa, grande o pequeña. En cuanto a sociedades (comerciantes-personas morales), la interpretación jurídica del art. 2688 C. Civ., que define el contrato de sociedad, indica que aquellas cuya finalidad constituya una especulación comercial, deben considerarse como sociedades mercantiles; lo que también requiere, normalmente, la organización y la explotación de una negociación o empresa, y también resultan excepcionales o extraños los casos de sociedades mercantiles especulativas que no sean titulares de negociaciones, o aquellas cuyo carácter comercial, derive meramente del tipo que adopten, al margen de la nota especulativa.

Así pues, la calificación de los comerciantes, personas físicas y sociedades, se da normalmente y de manera principal en función del ejercicio de una empresa; por extensión y como una manifestación más de la comercialización del derecho privado, nuestras leyes atribuyen carácter mercantil a sociedades que se constituyan como si fueran mercantiles, así como a otras que no tengan o que todavía no tengan constituida una empresa.

6. La empresa pública

La intervención del Estado en la actividad económica constituye un fenómeno de creciente importancia, tanto en México como en todos los países de economía capitalista.[8] En los de economía planificada o socialista, le corresponde en

---

[7] Cfr. Rojo, Ángel, *El derecho económico como categoría sistemática*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo LXXX, segunda época, número 3, marzo 1980, ps. 273 y s.

[8] Véase Berle Jr., Adolfo A., *The 20th capitalist revolution*, Harcourt, Brace and Cie., New York, 1954, ps. 48 y s.

forma exclusiva; y aun en aquéllos países, las empresas públicas son el principal elemento de los planes y programas económicos, a que ahora alude el art. 73 fracción XXIX-E y F de la Constitución de la República.

Aunque una mayor intervención estatal no exige la utilización de la figura de la empresa pública, ni implique necesariamente la adopción de un criterio ideológico, ni la implantación de un régimen político colectivista, de economía planificada, y aunque el intervencionismo del Estado también existe en el país capitalista por excelencia —los Estados Unidos de Norteamérica— que aún conserva una filosofía social contraria a la intervención del Estado, es evidente que a aquella tendencia social y económica, y a dicha organización política se acercan más, y que inclusive son proclives a ellas, los países socialistas en que existe el control absoluto del comercio, de la industria y de la prestación de servicios por el Estado.

En todo el mundo, la injerencia del Estado en la economía es un fenómeno evidente; y en México, día a día adquiere más relevancia, ya sea para que intervenga en el proceso económico con entes (sociedades comerciales, empresas paraestatales, fideicomisos), creados y organizados legalmente, o bien, para asumir actividades a virtud de la adquisición de empresas ya establecidas, mediante negocios traslativos convencionales (compra de ellas, de sus activos, de las acciones representativas del capital social, como fue el caso, entre nosotros, de la industria eléctrica); inclusive, a través, de la suscripción de acciones o de partes sociales de sociedades ya constituidas (el caso de Teléfonos de México y de la Fundidora de Fierro y Acero de Monterrey, S. A., antes de su liquidación), o a través de la municipalización y de la expropiación (los casos recientes de los transportes públicos en el D. F., y de la banca, y con anterioridad, del petróleo); o al establecer y constituir nuevos complejos administrativos (vgr. la Comisión Federal de Electricidad) y bancarios (e.g. la Nacional Financiera), así como negociaciones tendientes a cubrir necesidades sociales insatisfechas (Conasupo), o a impulsar la economía nacional (Nafinsa y Somex).

Pues bien, esta intervención estatal se realiza a través de agencias, de organismos descentralizados, y de empresas mixtas si también intervienen las particulares, y públicas en que se excluye a éstos, que pertenecen o están controladas por el Estado o por un órgano del Estado, y que a veces constituyen monopolios (Pemex, Electricidad, Ferrocarriles). A falta de modelos propios, como ya lo son ahora las Sociedades Nacionales de Crédito, la Administración Pública, tanto en nuestro país, como en otros, capitalistas y socialistas (e.g., Yugoeslavia),[9] se tiende a adoptar esquemas tradicionales del derecho mercantil, respecto a la organización y funcionamiento del titular de la empresa (sociedad anónima principalmente, aunque también, en medida creciente, los fideicomisos públicos), y a someter las nuevas entidades a sistemas y principios especiales, por ejemplo, para evitar su quiebra y su liquidación; o para crear otros organismos complementarios, respecto a actividades no cubiertas por la iniciativa privada, a las que dota de personalidad y de patrimonio propios. Otras veces, el Estado interviene en negocios (compraventas, arrendamientos, transportes); y también en la emisión de títulosvalor.

[9] V. FRIEDMANN, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XIII, Chapter 13, Governmental (Public) Enterprises, Oceana Publications, Ney York, s/f, p. 11, y passim en relación con el tema de las empresas públicas en el derecho contemporáneo.

La finalidad lucrativa es común a las empresas privadas, públicas y semipúblicas o mixtas, si bien, en las de carácter público, ni el lucro les es esencial, ni se reparten las utilidades que obtiene, sino que sirven para ampliar las instalaciones empresariales y para incrementar los ingresos del Estado titular, a través de cargas fiscales.

También, pues, en el derecho mercantil y en el derecho económico, la importancia y la utilización de la empresa son fenómenos evidentes, y al coexistir esas empresas públicas con las privadas, suelen plantearse conflictos entre ambas, por abuso de poder de aquéllas sobre éstas, y por la exclusión de los particulares de campos y actividades económicas que se reservan o que se atribuyen en exclusiva al Estado (por ejemplo, la actividad bancaria, a partir de 1982); en suma, se da lugar al predominio de las empresas públicas, sobre las de carácter privado, con frecuencia a través de métodos desleales de competencia.

7. El acto de comercio y la actividad comercial

Nuestro derecho mercantil sigue aún estructurado en torno al acto de comercio, pese a la creciente y desbordante influencia de la empresa, que es, por otra parte, la manifestación y la aplicación más importante de dicho esquema legal (Supra I.4); el "acto de comercio", como herencia que todavía perdura del sistema objetivo, del Código francés de 1808, es el eje sobre el que gira la actividad comercial; aunque, en ese caso, más que de acto debe hablarse de actividad comercial; es decir, de una serie de actos dirigidos a una misma finalidad.

El art. 1º C. Co. preceptúa que las "disposiciones de este Código (es decir, del Código y de las leyes mercantiles promulgadas con posterioridad a él) son aplicables *sólo* a los actos comerciales"; dicha categórica afirmación, si fue falsa, por excesiva, desde que entró a regir dicho Ordenamiento, ya que al lado del acto y algunas veces con independencia de él, la regulación mercantil también incluyó a los comerciantes individuales y colectivos (sociedades) y a las cosas mercantiles; mucho más falsa resulta ahora en que nuestra disciplina comprende la economía del Estado y a actos y derechos colectivos (derecho de los consumidores, de la industria del comercio nacional y derecho del abasto público).

La actividad del comerciante abarca, en primer lugar, manifestaciones de la voluntad humana (negocios jurídicos), es decir, actos voluntarios del hombre que producen efectos jurídicos; pero también hechos ajenos a dicha voluntad humana, que acarrean efectos de derecho dentro del campo comercial (vgr. la prescripción en materia de títulosvalor, o los siniestos de la naturaleza que produzcan la asunción de los riesgos en el derecho de seguros); en segundo lugar, como manifestación y producto de derechos y obligaciones, dentro de dicha actividad se comprende tanto el acto unilateral como el bilateral (contrato) y el plurilateral (sociedad); el acto lícito como el ilícito; en suma, las cuatro fuentes

tradicionales de las obligaciones, contrato, cuasi contrato, delito y cuasi delito; en tercer lugar, en cuanto al contenido de los actos, comprende aquellos que implican un dar, un hacer, un no hacer u omitir (e.g. competencia desleal); en cuarto lugar, en relación a la frecuencia o reiteración de éstos, fundamentalmente son *actos en masa,* porque se repiten, se enlazan, se suceden (actividad propiamente, de y dentro de la empresa: bancaria, aseguradora bursátil, de transportes, etc.), en contraposición a los actos individuales y aislados, que tienden a considerarse como originales y ajenos al carácter e idiosincracia del derecho mercantil, y por ello, a ser comprendidos en el derecho civil.

Cualesquiera que sean las fuentes o ingredientes de la materia mercantil, al acto jurídico, o sea, la manifestación de voluntad tendiente a producir efectos de derecho, es decir, al negocio jurídico, se aplican los elementos que lo caracterizan y los principios que lo regulan en el derecho civil, a saber, el consentimiento y la capacidad, el objeto, el fin o causa, con frecuencia la forma, y también frecuentemente, la exteriorización del acto (publicidad y apariencia).

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO MERCANTIL

BIBLOGRAFÍA: Abascal Zamora, José María, *La evolución del derecho mercantil,* en Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 1972; Barrera Graf, Jorge, *Tratado de Derecho Mercantil,* Girón Tena, José, *El concepto del Derecho Mercantil: desenvolvimiento histórico y derecho comparado* en Anuario de Derecho Civil, t. VII fascículo III, Madrid, 1954; Goldschmidt, Levin, *Storia Universales del Diritto Commerciale,* trad. italiana de Vittorio Pouchain y Antonio Scialoja, Turín, 1913; Huvelin, Paul, *Etudes D'Histoire du Droit Commercial Romain (Histoire externe Droit Maritime),* Recueil Sirey, París, 1929; Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho Mercantil,* 25ª ed. (de esta obra se citan, indistintamente a lo largo de este libro y de este capítulo, distintas ediciones); Mossa, Lorenzo, *Trattato del Nuovo Diritto Commerciale secondo il Codice Civile de 1942,* tomo I; Societá Editrice Libraria, Milán, 1942, Orozco, Enrique, *La evolución de la legislación mercantil en la República desde la fecha de la proclamación de la Independencia Nacional, hasta nuestros días,* México, 1911; Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil,* 19ª ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1988, Rocco, Alfredo. *Principios de Derecho Mercantil.* Parte general, trad. esp. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931; Sapori, Armando, *Studi di Storia Economica (Secoli XIII-XIV-XV),* 3ª ed., G. C. Sansoni, Florencia s/f. pero 1955; Vázquez Arminio, Fernando, *Derecho Mercantil, Fundamentos e Historia,* Editorial Porrúa, S. A., México, 1977.

1. Origen del derecho mercantil

La disciplina que nos ocupa, es un producto tardío del derecho privado. "Roma no conoció un Derecho Mercantil como rama distinta y separada del tronco único del Derecho privado común *(ius civile),* entre otras razones, porque a través de la actividad del *pretor* fue posible adaptar su derecho a las necesidades del tráfico comercial" (Uría).[1] Surge en la Edad Media, como enseguida veremos, para regular las nuevas y crecientes necesidades de los comerciantes, cuya actividad comenzó a florecer entonces, quienes dejaron de encontrar solución jurídica adecuada cuando la actividad del pretor decayó y las reglas e instituciones de aquél derecho resultaron insuficientes, o inconvenientes por su esquematismo y su excesivo formalismo.

Que no figurara el derecho mercantil como rama independiente, no quiere decir, sin embargo, que, inclusive con anterioridad al derecho romano, no existieran principios y reglas de contenido exclusivamente comercial. El comercio marítimo en el Mediterráneo, del que el derecho mercantil terrestre

[1] Véase también y especialmente para la evolución del derecho mercantil desde Roma, Girón Tena, ps. 706 y s.

posterior derivó muchos principios e instituciones, que datan de la época de fenicios y cartagineses, se regía ya por ordenanzas mercantiles, como la famosa *Lex Rhodia de Iactu,* precursoras de la reglamentación de la avería, del préstamo a cambio marítimo, del seguro; y el derecho romano ya regulaba los principios de dicha Ley, y el llamado *Foenus nauticum,* el más remoto antecedente de la *commenda* y de las sociedades personales actuales. Esta era una "operación de crédito en cuya virtud un capitalista entregaba un objeto de valor (generalmente dinero) a un empresario marítimo, con obligación de reembolsar y pagar cuantiosos intereses si el viaje resultaba satisfactorio y sin obligación alguna en el caso de que este fuera ruinoso" (Huvelin).

Por su parte, el derecho romano estableció reglas de responsabilidad en negocios que hoy llamaríamos de representación: la *actio exercitoria,* respecto al armador por actos del capitán de un navío; la *actio institoria,* por la conducta del factor *(institor);* y en fin, el *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum* que, imponía responsabilidad al armador por los daños que sufrieran a bordo las mercaderías; institución que después el pretor extendió a los hosteleros y mesoneros.

Desde su origen hasta nuestros días, en la evolución del derecho mercantil podemos señalar cuatro etapas, que pasamos a señalar, a reserva de precisar después con mayor detalle los acontecimientos e instituciones principales en el desarrollo de tal disciplina. Esas etapas son, primera, de la Edad Media hasta el Código de Napoleón (Girón Tena), que llamaríamos etapa urbana del comerciante individual especializado y matriculado en gremios y corporaciones; segunda, etapa fundamentalmente de los Códigos de Comercio, basados en el acto de comercio, a partir del Código de Napoleón de 1808; tercera, de leyes y códigos mercantiles estructurados en torno a la actividad de las empresas. La cuarta etapa, aún en formación y crecimiento, en la que tienden a constituirse nuevas disciplinas adicionales o ajenas al derecho mercantil, como son el derecho mercantil internacional, el derecho marítimo y el derecho económico o derecho de la economía, con características propias, distintas y a veces opuestas al derecho comercial tradicional (Infra IV.6).

2. El derecho mercantil primitivo hasta el Código de Comercio francés

En la primera mitad de la Edad Media (a partir del siglo x), se inicia el nacimiento del Derecho Mercantil, para regular la actividad y proteger los intereses de los comerciantes agrupados en gremios, corporaciones y consulados. En función de la actividad gremial, y en cuanto que el comerciante miembro se inscribía o matriculaba en la corporación, las reglas del grupo se aplicaban a cada uno de sus socios, y servían para dirimir los conflictos entre ellos y sus clientes.

Se plantea una impronta subjetiva y profesional del mismo derecho, o sea, la actividad del comerciante, y surgen dos instituciones que habrían de ejercer notable influencia a partir de entonces en el ininterrumpido desarrollo de la nueva rama jurídica: la *matriculación,* antecedente del régimen de publicidad mercantil y del registro de comercio, y la *jurisdicción consular,* con la creación de tribunales de comercio especializados, y la atribución de una competencia propia, que distinguió el procedimiento lento, complicado, formalista del derecho civil romano, del fácil, rápido y convencional —*sine strepitu et figura iudicii*— que se adaptaba a las necesidades del comercio y a exigencias no sólo jurídicas, sino también éticas *(ex aequo et bono).*

Por otra parte, el derecho especial en formación (en contraste con el *ius commune* o civil), tendía a satisfacer necesidades iguales de los comerciantes, y era idéntico en las distintas ciudades; se formó, además, por la recopilación de prácticas y usos de los mercaderes; por todo ello, surgió un derecho *uniforme, estatutario, urbano,* en ocasiones *internacional* (no fue así en el derecho clásico español, que se singularizó por la formulación de ordenamientos regionales y locales, vgr. Consulado del Mar; Siete Partidas, Ordenanzas de Alcalá y de Bilbao). Estas características, de un derecho costumbrista y uniforme, que aún distinguen al derecho mercantil contemporáneo, contrastaban, sin embargo, con el *ius civile* romano, adicionado por glosadores y post-glosadores.

3. Gremios de comerciantes y estatutos

Los gremios y corporaciones de mercaderes surgen en las ciudades comerciales italianas: Amalfi, Venecia, en los siglos x y xi; Pisa y Génova, en el xii; Siena, Milán y Bolonia, durante los siglos xii y xiii, y en esta última centuria, en Florencia, la más importante plaza bancaria europea durante muchos siglos. Son de destacarse, las ferias de las ciudades a que acudían comerciantes de ella y de otros lugares cercanos y lejanos, y en los que se daba "la primera forma de comercio, entre comerciante y comerciante",[2] y cuyas relaciones tanto intervienen en la compraventa, como en el trueque.

Fuera de la península itálica, y movidas por iguales requerimientos mercantiles, florecen posteriormente, en los Países Bajos, Gante y Brujas; en Francia, Marsella, Tolosa y Lyon; Sevilla, Burgos y Bilbao, en España; en Alemania, Lübeck, Visby, Danzig: y otras ciudades más antiguas como Colonia y Hamburgo, adquieren auge extraordinario con la formación y el desarrollo de la Hansa Teutónica (s. xiv), agrupación de comerciantes que negociaban en Alemania, Polonia, los países bálticos y Rusia.

El fin de la Edad Media y los comienzos de la Edad Moderna se caracterizan por el predominio en las principales ciudades italianas de comerciantes, armadores y cambistas, que abrieron y ampliaron nuevas rutas comerciales, y que impulsaron el desarrollo económico y social de Europa, así como las artes y la cultura en general (Sapori).

El funcionamiento de los gremios, "guildas" y universidades de comerciantes provocó que ellos se dictaran estatutos (Ordenanzas en España), los cuales, a su vez, dieron lugar a importantes colecciones de normas jurídicas que fueron codificadas en las principales ciudades, y que constituyen el antecedente de los códigos modernos. Los más antiguos de dichos ordenamientos que han perdu-

[2] Girón Tena, ib., 713 citando a Weber.

rado y que muestran como hitos la evolución del derecho comercial, son los *Capitulare Nauticum* de Venecia (1255), la *Tabula Amalfitana* (s. XIII y XIV), y los *Estatutos del Arte de Calimala*. En España, además del celebérrimo Consulado del Mar de Barcelona (s. XIII) [3] sobresalieron las *Ordenanzas de Alcalá* (1348), de *Burgos* (1494), y sobre todo, por su influencia en México, las de *Bilbao de 1511 y de Sevilla* (1554), con una Casa de Contratación para las Indias (1503) y el Tribunal Consular (1543).[3 bis]

4. Evolución en España

Desde la más remota antigüedad (Código de Ulrico, s. VI), la Península Ibérica gozó de cuerpos de leyes escritas, en ordenamientos locales, así como en ordenanzas y recopilaciones que reflejaron las distintas influencias ejercidas sobre el derecho hispánico por el derecho justinianeo, por las prácticas y costumbres de los visigodos, por el derecho canónico, y otros ordenamientos antiguos como los Roles de Olerón y modernos como las Ordenanzas de Luis XIV (Infra 5). Estos cuerpos legales hispanos, no distinguieron entre derecho privado y público, y menos aún entre derecho civil y mercantil, salvo las memorables Ordenanzas de Bilbao, que sí constituyeron un Ordenamiento típicamente comercial.

El derecho de la Metrópoli, lo fue también de sus Colonias de América; y en nuestro país, no sólo de la Nueva España sino también del México independiente, hasta las postrimerías del siglo XIX, cuando se dictó el Código de Comercio, en 1884. Esta circunstancia impone hacer ciertas referencias a los principales textos ibéricos.

Durante la dominación árabe, en el periodo de la reconquista, se dicta el Codex Visigothorum, o Libro de los Jueces, mejor conocido con el nombre del *Fuero-Juzgo*, que adquirió fuerza legal a partir de 1241 en que Fernando III lo decretó para la ciudad de Córdoba, como fuero particular. Esta ley se ocupó de la materia comercial en los libros V y XI.

4.1. *Las Siete Partidas.* La obra insigne del derecho clásico hispánico es las *Siete Partidas*, cuya preparación se inició en 1256, durante el reinado de Alfonso X, el Sabio, y comenzó a regir en 1348, bajo el reinado de Alfonso XI, quien en el *Ordenamiento de Alcalá* decretó su vigencia, así como el orden de prelación de las fuentes de derecho entonces existente: el Ordenamiento de Alcalá, primero, los fueros municipales enseguida, y las Siete Partidas después.

De éstas, la Partida Quinta que trata de las obligaciones y de los contratos, es la que más se refiere al derecho mercantil, y "es sin duda la parte más acabada y perfecta de la obra" (Gómez de la Serna); contiene 15 títulos, cada uno de los cuales está dividido en leyes, y en todas ellas se hace referencia a la materia comercial. A las sociedades generales y a las especiales se refiere esta P.V. Tít. X, L. III.

[3] El concepto de los consulados en el derecho clásico español, v. Girón Tena, ps. 724 y s.

[3 bis] Sobre la Casa de Contratación, V. Bernal, Beatriz, *La política comercial marítima de España en Indias*, en Estudios en honor de Jorge Barrera Graf (en adelante I.B.G.), I, 215 y s

4.2. *El Consulado de Mar.* Durante los siglos XIII y XIV, como se indica arriba, se dictan, el *Consulado del Mar de Barcelona*, que según Goldschmidt, fue considerado como derecho "consuetudinario comercial de los países del Mediterránea" [3 bis] en toda Europa; las Ordenanzas de Burgos y de Sevilla, cuya Casa de Contratación era un establecimiento comercial "para fomentar el trabajo de la Corona en las Indias, y el (depósito) de mercancías y abastos... para el tráfico americano, y todo lo que se trajera... a España" (Haring). Las Ordenanzas de Sevilla se convirtieron en el Libro IX de las Leyes de Indias, que se aplicaron en América como derecho principal.

4.3. *Nueva y Novísima Recopilación.* La *Nueva Recopilación del derecho* castellano, que ordenó Felipe II y que se dictó en 1567, se consideró hasta 1805 como la fuente principal de aplicación en las Indias del derecho de la Metrópoli, y como fuente subsidiaria en sus colonias de América, en donde el llamado *Derecho Indiano* tenía preferencia. Carlos IV, en 1805, decretó la vigencia de la *Novísima Recopilación*, resumen incompleto y mal ordenado del antiguo derecho español, que reguló todas las materias jurídicas, y que a la mercantil dedicó el Libro IX: "Comercio, moneda y minas." Este Ordenamiento, dista mucho de la perfección de las Ordenanzas de Bilbao, y no disminuyó la autoridad legal y doctrinal de las Siete Partidas *(Ots Capdequi)*.

4.4. *Las Ordenanzas de Bilbao.* Las *Ordenanzas de Bilbao* merecen especial mención, no sólo porque constituyeron una codificación mercantil exclusiva (la primera en el tiempo), sino porque rigieron en México hasta fines del siglo XIX. La primera versión de ellas data de 1560, adicionada un siglo después (1665); las *nuevas*, más perfectas y de mayor difusión, se terminaron en 1737 y fueron confirmadas por Felipe V, con el nombre de *Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la muy noble y muy leal Villa de Bilbao.*[3 ter]

5. El derecho mercantil codificado

Los primeros intentos de codificación están representados por las dos célebres Ordenanzas de Luis XIV y de su ministro Colbert, la del Comercio (1673) y la de Marina (1681). Ambas, se basaron en usos y costumbres, y en las Ordenanzas de los centros comerciales. Su importancia estriba en "la sistematización de principios y reglas esparcidas en innumerables fuentes legislativas y doctrinales" (Rocco), pero no en que cambiara el sistema prevaleciente eminentemente subjetivo, de la actividad del comerciante, por el criterio objetivo del acto de comercio. Este cambio se introdujo en el Código de Comercio francés de 1808, del que fueron precursoras dichas dos Ordenanzas.

5.1. *El Código de Comercio francés.* El Código de Comercio francés, producto de una larga tradición de regulación del comercio terrestre y marítimo, es uno de los famosos cinco Códigos de Napoleón, que unificó y ordenó todo el derecho mercantil de la época, como también aconteció con el Código Civil (Código de Napoleón por antonomasia), el Código de Procedimientos Civiles, el de Procedimientos Criminales y el Código Penal, que también en forma total

[3 bis] Cfr. Goldschmidt, Levin, *Storia Universale del Diritto Commerciale*, trad. it. Pouchain Vittorio y Antonio Scialoja, Turín, 1913, p. 162.

[3 ter]

y sistematizada reglamentaron cada una de dichas disciplinas. Pero, además, el *Code de Commerce* transformó el derecho mercantil hasta entonces prevaleciente, de un derecho clasista y subjetivo (en torno al comerciante), en el derecho de los actos de comercio (artículos 632 y 633), entre los que se incluyeron a las empresas. Así, irrumpe la industria dentro de la disciplina y es acogida la negociación, que, como se ha dicho (Supra I.4) y como se verá posteriormente (Infra VI.4), habrá de ser el pivote y el eje del derecho mercantil contemporáneo.

La codificación comercial francesa se extendió a todos los países de tradición romanista: Italia, 1819, Código de Comercio de las dos Sicilias; España, 1829; Portugal, 1833; Países Bajos, 1838, etc.; y de los europeos, pasó a los países latinoamericanos (Haití 1847; Brasil, 1850; Argentina, 1859; Chile, 1865, etc.); y a México, fragmentariamente primero en el *Decreto de Organización de las Juntas de Fomento y Tribunales Mercantiles,* 1841, y en forma completa en los tres Códigos de Comercio que nos han regido, de 1854, de 1884 y el vigente de 1889, que entró en vigor el 1º de enero de 1890 (por lo que, indistintamente lo llamamos Código de Comercio de 1889, o de 1890).

Las principales características del Código galo —y en general, del sistema codificado del derecho mercantil—, son, en primer lugar, comprender toda la materia mercantil entonces existentes; en segundo lugar, y en forma muy destacada, porque cambió el sistema subjetivo y profesional de los comerciantes, que hasta entonces prevalecía, por el sistema objetivo.

En tercer lugar, por regular los principales contratos mercantiles (compraventa, depósito, transporte, seguro), así como los "efectos de comercio", o sea, los títulosvalor o títulos de crédito, y los tres tipos tradicionales de las sociedades mercantiles: sociedad colectiva, sociedades en comandita y sociedad anónima (a las que a fines del siglo se agregaría la S. de R. L.).

En cuarto lugar, por regular en sendos libros, la quiebra y el derecho marítimo; e igualmente, porque incluyó disposiciones procesales aplicables a los juicios mercantiles.

5.2. *Problemas de la unidad legislativa dentro de un solo Código.* Pronto comenzó a verse que la pretensión de universalidad del Código, como texto único de las materias mercantiles, resultaba ilusoria e inconveniente, ante el crecimiento desorbitado del derecho mercantil, a virtud de la creciente *comercialización del derecho privado;* de la creación de nuevas figuras de sociedades, títulosvalor, contratos; del auge y la expansión de la empresa capitalista, con algunos de los elementos y relaciones jurídicas que la caracterizan (propiedad industrial, regulación de la competencia, protección de la negociación, así como de la clientela, del aviamiento, de la llamada propiedad comercial, etc.); la regulación de las empresas públicas (por la intervención del Estado), y, posteriormente, de derechos de carácter social (derecho cooperativo y derecho al consumo); la participación obrera en la gestión y en las utilidades de la empresa; la regulación de la inversión extranjera.

Por otra parte, el acto de comercio provocó también la pérdida de la unidad del sistema, ante la disparidad de los actos catalogados y reconocidos, y la imposibilidad práctica y teórica de reducirlos a un concepto genérico. La calificación de la materia mercantil, que antes fuera un concepto apriorístico (la

versión publicada en París, Librería de Rosa y Bouret, 1869.

actividad del comerciante), quedó ahora en manos del legislador, como criterio a *posteriori,* en función de necesidades económicas, sociales e inclusive políticas, que iban surgiendo.

6. Descodificación y nueva codificación de la materia mercantil. Derecho extranjero

Esas nuevas necesidades económicas y la expansión ininterrumpida del derecho mercantil, a través de nuevas figuras e instituciones y de la atribución general de mercantilidad a ciertos actos y negocios jurídicos (vgr. "la emisión, expedición, endoso, aval o aceptación y las demás operaciones que en ellos (en los títulos de crédito) se consignen, art. 1º LTOC; la "producción, distribución o comercialización de bienes o prestación de servicios a los consumidores", art. 2º LPC), que llevaron, primero, a la codificación, es decir, a su inclusión en un solo Ordenamiento —el Código de Comercio—, motivaron después, desde principios del siglo pasado y a todo lo largo de la presente centuria, la dispersión legislativa, en cuanto que varias materias incluidas en el Código, y otras nuevas que surgían, adquirieron independencia legislativa —sin dejar de formar parte del derecho mercantil— merced a leyes especiales que se dictaron, con la consecuente derogación de su reglamentación dentro de dicho Código.

Así sucedió en todos los países que adoptaron el C. Co. En Francia, patria de origen del primero de ellos, ya en 1816 (Ley de 28 de abril), se legisló sobre finanzas; en 1866 (Ley del 13 de junio) sobre los usos comerciales; en 1867 (Ley del 24 de julio), se dictó la muy famosa ley sobre sociedades mercantiles, que rigió un siglo y que fue abrogada por la vigente ley de 1966. En España, al lado del vigente C. Co. de 1885, están vigentes la Ley de Suspensión de pagos del 26 de julio de 1922, complementaria de aquél; la Ley sobre el régimen jurídico de las sociedades anónimas de 17 de julio de 1951 y la Ley sobre el régimen jurídico de las SRL, del 17 de julio de 1953. En Italia, con anterioridad al actual *Codice Civile,* que entró en vigor el 16 de marzo de 1942 y que unificó legislativamente las materias civil y comercial, se dictó, respecto a letra de cambio y pagaré, el Real Decreto de 14 de diciembre de 1933; contemporaneamente a dicho *Codice Civile,* el Decreto sobre quiebras, concordato preventivo y liquidación administrativa, de la misma fecha; el Código de la Navegación, del 21 de abril del mismo año de 1942, y el Decreto del 21 de junio, también de 1942, sobre registro y transmisión de marcas.

En Latinoamérica, en Argentina existe un proyecto de unificación del Código Civil y del de Comercio, que está pendiente de dictamen en el Congreso Federal; en Brasil, la propuesta de unificación de los dos Códigos de derecho privado está en estudio, pero la nueva Constitución de 1988, que recientemente entró en vigor, "obliga al Congreso a revisar buena parte de la legislación, sobre diversas materias".

6.1. *En derecho mexicano.* Entre nosotros, esta fragmentación legal de la materia mercantil se inició a partir de 1926 y sobre todo desde la década de los años

30 con la Ley Monetaria (V. Infra IV.7), lo que motiva que al lado de nuestro viejo y centenario C. Co. de 1890, que ha quedado reducido a un esqueleto (Rodríguez Rodríguez), estén vigentes más de 10 leyes, y otros tantos reglamentos de leyes, tales como el Reglamento del Registro de Comercio (15/IX/1885; el actual es de 22/I/1975), el RLGSC (1/VII/38); el Reglamento de la Comisión Nacional de Valores (RCNV), El Reglamento de la LIE *(D. O.* 16/V/1989), etc. Esta situación, como es obvio, provoca problemas serios de conocimiento, de interpretación, de aplicación de los distintos Ordenamientos, algunos de los cuales permanecen ignorados, e incluso de algunos se ignoraba su vigencia como fue el caso de la Ley que Establece Requisitos para la Venta al Público de Acciones de Sociedades Anónimas que precisamente por creer que había caído en desuso, y que no se aplicaba, fue abrogada recientemente el 1º de febrero de 1988.

6.2. *Nuevas codificaciones.* La idea de la reintegración de todas o de la mayor parte de las leyes mercantiles en un solo texto, se ha mantenido en México desde 1929 en que se elaboró el primer Proyecto de C. Co., hasta 1988 en que se formuló el último, pasando por otros en 1943, en 1960, en 1982. Así pues, al movimiento de escisión legal, que hizo trizas a nuestro C. Co. 1890, y que fue general en países de nuestra tradición jurídica (hasta el punto de que Larenz, un jurista alemán, considerare periclitado y superado el movimiento codificador del siglo xx) [4] seguiría una corriente comercial de unificación legislativa, de nuevos Códigos de Comercio.

En nuestro Continente, así ha sido en diversos países latinoamericanos (Honduras, El Salvador, Guatemala, Perú); e inclusive en un país del sistema del *Common Law*, los Estados Unidos de Norteamérica, con su Código de Comercio Uniforme, aunque dicho Ordenamiento no comprende todas las materias que entre nosotros son mercantiles (vgr. sociedades). En Europa, igualmente, en Italia se dictó el *Codice Civile*, en 1942, que como se dijo arriba, unifica la legislación mercantil y la civil, y Holanda está apunto de hacer cosa semejante; otros países como España, Francia, Alemania, mantienen un sistema mixto: C. Co. fragmentado y, al propio tiempo, leyes mercantiles muy importantes (sobre sociedades mercantiles en estos tres países), que subsisten al lado de aquél.

6.3. *Codificación y descodificación en México.* Ahora bien, es tal el crecimiento de la materia comercial, que se vuelve imposible o muy inconveniente comprenderla en un Código único; constantemente surgen nuevos fenómenos y manifestaciones de la actividad económica que requieren una ordenación jurídica especial, el dictado de nuevas leyes (así, últimamente, el derecho al consumo, y su regulación respectiva en la LPC; la regulación de la inversión extranjera, en la LIE; de la transferencia de tecnología, en la LTT, etc.); y otras necesidades

[4] Entre nosotros, Abascal Zamora, se ocupa de la "declinación del movimiento codificador y del agotamiento de la tendencia codificadora", en *Derecho Mercantil Mexicano*, evolución y reflexión", en *Obra Jurídica Mexicana*, números 13 y 14, ps. 41 y s. México, 1985. Este autor cita en el mismo sentido el estudio de Garrigues, *75 años de Derecho Mercantil en el mundo*, en CXXV años de evolución jurídica en el mundo (en el siglo xx) Vol. V, México, 1979, ps. 91 a 104.

económicas que demandan ser comprendidas en nuevas leyes que se dicten (el caso del derecho al consumo, el de la concurrencia, el derecho de empresas privadas y públicas). Además, algunos sectores económicos están sujetos a cambios constantes (vgr. en materia bursátil o bancaria [5] por fenómenos de oportunidad o coyuntura económica, que requieren acción legislativa inmediata, en tanto que otros son, sino inmutables, sí más estables y permanentes (e.g. los principios generales y el derecho sobre las obligaciones mercantiles): también esto ocasionaría trastornos al legislador, para modificar un sistema legal omnicomprensivo y totalitario, en vez de leyes especiales.

Debe pues, reformarse y modificarse nuestra legislación mercantil, mediante la formulación de un nuevo C. Co. y el cambio y la adición de ciertas leyes especiales. Aquél debe comprender los principios generales del sistema mercantil: la empresa, como núcleo central; los actos aislados la regulación de las obligaciones mercantiles, y su consideración como comerciales para las dos partes que intervengan en su celebración, el comerciante individual y sus auxiliares; las obligaciones, comerciales; los contratos mercantiles de alcance general, tanto los tradicionales (compraventa, depósito, prenda, transporte, etc.), como nuevas figuras: suministro, distribución, agencia, edición, etc.). En cambio, se deben conservar separadas leyes que regulen las sociedades mercantiles, los títulos y operaciones de crédito, la banca y la bolsa, el derecho concursal y, desde luego, el derecho marítimo.

7. El derecho mercantil en México. Antes de la Independencia

Antes de la conquista, si bien la actividad comercial de los aztecas fue muy intensa a lo largo del imperio, con sus estados vasallos y limítrofes, sobre todo en el mercado o tianguis de su capital, Tenochtitlan, en el que se ofrecían productos de las costas y de sitios lejanos, como Guatemala y Panamá, al parecer no existió reglamentación especial relativa a las actividades de los comerciantes, aunque sí funcionaba un rudimentario tribunal de comercio.[6]

7.1. *Consulado de México y las Audiencias de las Indias Occidentales.* A partir de la conquista, se creó el *Consulado de México* por Cédula Real de Felipe II, el 15 de junio de 1592, que fue confirmada por otra de 8 de noviembre de 1594. Dicho Consulado, cuyo funcionamiento se basó en los de Burgos y Sevilla, formuló sus propias ordenanzas *(Ordenanzas del Consulado de México, Universidad de Mercaderes de Nueva España)* que fueron confirmadas el 20 de octubre de 1604, por Felipe III, que dispuso la creación de un tribunal consular, cuya competencia se extendió a las provincias de la Nueva España (Nueva Galicia, Nueva Vizcaya, Guatemala, Yucatán y Soconusco), y versaba sobre "cuentas de compañías, consignaciones, fletamentos y seguros, riesgos,

[5] Es impresionante la cantidad de Reglas y Acuerdos generales, de circulares, dictadas por el Ejecutivo Federal, a través de la SH, del B. de M., de la CNB., de la CNV, de la CNIE, en materias bancaria, monetaria o bursátil y de inversiones extranjeras. V. al efecto el índice que acompaña la última codificación de la Colección Porrúa, titulada *Legislación Bancaria*, México, 1988, ps. 993 a 1004.

[6] Vázquez Arminio, Fernando, ps. 93 y s.

averías, daños, quiebras, fletes y otras contrataciones tocantes y convenientes a... dicho comercio".[7]

En doce audiencias se hizo recaer el gobierno de las Indias Occidentales, por la Recopilación de Indias. Esas doce audiencias se establecieron en Santo Domingo, México, Panamá, Lima, Santiago de Guatemala, Guadalajara, Santa Fe, "en el nuevo reino de Granada", la de la Plata, "provincia de las Charcas" en Perú, la de San Francisco de Quito, la de Manila, la de Santiago de Chile y la de "la ciudad de la Trinidad, Puerto de Buenos Aires". La audiencia de Guadalajara se consideró subordinada a la de México, y tanto ésta como la de Lima, lo estaban a los Virreyes...[8]

7.2. *Consulados de Veracruz, Guadalajara y Puebla.* A fines de la Colonia, Carlos III creó el Consulado de Veracruz, por Cédula Real de 17 de enero de 1795,[9] para responder a la gran importancia que tuvo dicho puerto en el comercio con la Metrópoli y con otras colonias españolas en América. Otro Consulado más fue creado el 6 de junio del mismo año de 1795 en Guadalajara, formándose un tribunal que juzgaba según las Ordenanzas de Bilbao, y con la jurisdicción que correspondía a la Audiencia de Nueva Galicia. A fines del periodo colonial se organizó en Puebla un Consulado más, que no llegó a funcionar a virtud de la Independencia.

Las Ordenanzas de Burgos y Sevilla no tuvieron vigencia en México, a pesar de que la decretaron las Ordenanzas del Consulado de México; en su lugar, se aplicaron las Ordenanzas de Bilbao, ordenamiento más completo y técnico y que, además, sólo regulaba la materia mercantil (Supra 4.4).

7.3. *Ordenanzas de Minería.* En 1779 el Virrey, don Antonio María de Bucareli y Ursúa, solicitó del Grupo y Tribunal de Minería existente, que preparara unas Ordenanzas de Minería, las cuales, sometidas a Carlos III, fueron mandadas observar por Real Cédula de 22 de mayo de 1783.[10] Estas Ordenanzas, que tuvieron la benefica influencia de los célebres comentarios que don Francisco Javier Gamboa hizo a otras que le precedieron, rigieron en México hasta 1873.

7.4. *Recopilación de Indias.* La Recopilación de Indias (Leyes de Indias), que dictó Carlos II el 18 de mayo de 1680, ordenó para las colonias españolas todas las materias jurídicas, respetó el orden de prelación de los textos hispanos que habían ya ordenado las Leyes de Toro (1505), y el Ordenamiento de Alcalá: en primer lugar, el derecho indiano (Leyes de Indias, Ordenanzas de los Consulados locales, y reglamentos de éstos; así como, en las postrimerías de la Colonia, el Reglamento formado por el Real Tribunal del Consulado de México del 11 de agosto de 1806); en segundo lugar, la Nueva Recopilación, desde

[7] Vázquez Arminio, 118, quien transcribe el texto de las Ordenanzas, así como la Real Cédula de erección del Consulado de Veracruz y el Reglamento del Tribunal del Consulado de México.

[8] Barrera Graf, n. 44, p. 71 y Orozco, ps. 8 y s.

[9] Vázquez Arminio, ps. 121 y s.

[10] Orozco, Enrique, p. 4.

su fecha de vigencia (1567), hasta 1805 en que fue sustituida por la Novísima Recopilación, y por último, las Siete Partidas.[11]

Como a continuación veremos, durante el México Independiente, se aplicaron, además de las Siete Partidas, las Ordenanzas de Bilbao.

8. Derecho mercantil a partir de la Independencia[12]

Por Decreto del Congreso de 16 de octubre de 1824 se abolieron los Consulados; los Tribunales de Minería se suprimieron el 20 de marzo de 1826. En cambio, los diversos ordenamientos del derecho español antiguo continuaron aplicándose, y algunos de ellos como las Ordenanzas de Bilbao, expresamente se declararon aplicables en nuestros país según decreto de 15 de noviembre de 1841. Durante los primeros años de vida independiente, con anterioridad a la vigencia del primer Código de Comercio (1854), se dictaron algunas leyes sobre materias mercantiles: la "Ley sobre derecho de propiedad de los inventores o perfeccionadores de alguna rama de la industria", el "Reglamento y Arancel de Corredores de la Ciudad de México"; ambos del 18 de noviembre de 1834.

8.1. *Decreto de Organización de las Juntas de Fomento y Tribunales Mercantiles.* El texto legislativo de mayor importancia fue el "Decreto de Organización de las Juntas de Fomento y Tribunales Mercantiles", que promulgó Santa Anna, como Presidente Provisional, el 15 de noviembre de 1841, con apoyo en las "Bases Constitucionales" del 15 de diciembre de 1835 y en las Leyes Constitucionales de 1836, art. 18 de la Sección Quinta.[13]

Ese Decreto, no sólo creo las juntas de fomento y los tribunales mercantiles (dos de ellos se crearon en la ciudad de Querétaro, según José Antonio Raso),[14] sino que también enumeró a los negocios mercantiles (art. 34), como después hizo, calcando esta disposición, el art. 218 del C. de Co. de 1854, a saber: las compras y permutas de mercancías, con fines lucrativos (excluyó, como el Código Galo, a los inmuebles); el giro de letras de cambio, pagarés y libranzas; las "compañías comerciales, los contratos de transporte marítimo y terrestre; los seguros, los negocios con factores, dependientes y comisionistas o corredores; y las "fianzas o prendas en garantía de responsabilidades mercantiles, siempre que se otorguen sin hipotecas y demás solemnidades ajenas al comercio y propias del derecho civil".

[11] Sobre disposiciones de derecho mercantil en la Recopilación de Indias, me permito remitir a mi estudio sobre la regulación del comercio en la Nueva España en la Recopilación de Leyes de Indias, en Recopilación de leyes de los reyes de Las Indias, Estudios Históricos y jurídico. Edición Conmemorativa del V Centenario del Descubrimiento de América, de la Escuela Libre de Derecho, Miguel Ángel Porrúa, ps. 453 y s. México, 1987.

[12] Cfr. Orozco, ps. 8 y s., sobre todo respecto a aranceles, zonas libres y alcabalas a lo largo del siglo XIX.

[13] Sus textos en Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, 1803-1957, Porrúa, México, s/f, pero 1957, ps. 202 y s.

[14] "Notas estadísticas del Departamento de Querétaro formuladas por la Asamblea constitutiva y remitidas al Supremo gobierno en cumplimiento de la parte primera del art. 135 de las Bases Orgánicas, año de 1845"; México, 1848.

Para el gobierno de los tribunales se dispuso (art. 70) que "mientras se forma el Código de Comercio de la República,[15] se arreglarán para la decisión de los negocios de su competencia a las Ordenanzas de Bilbao, en cuanto no estén derogadas". Poco después, el 26 de diciembre de 1843, se promulgó el decreto sobre los "Libros que ha de llevar todo comerciante y balance que han de hacer", que derogó ciertas disposiciones de dichas Ordenanzas de Bilbao.

8.2. *Ley de Bancarrotas de 1853.* El mismo Presidente Santa Anna, el 31 de mayo de 1853, dictó una Ley de Bancarrotas, basada en los Códigos francés de 1808 y español de 1829, y en la célebre obra de don Francisco Salgado de Somoza, *Labyrinthus creditorum concurretium ad litem per debetirom communem inter illos causatam,* que constituía un modelo de derecho concursal, muchos de cuyos principios y disposiciones aún perduran.

9. Código de Comercio de 1854

El primer Código de Comercio mexicano entró en vigor el 27 de mayo de 1854 durante el último gobierno de Santa Anna. Fue promulgado por "S.A.S. el general presidente... en uso de las facultades que la Nación se ha servido conferirme" (Preámbulo). Se conoce con el nombre de Código de Lares, el Ministro de Justicia, Negocios Eclesiásticos e Instrucción Pública, quien lo preparó; y después fue revisado por los señores Bernardo Couto, Lacunza y Gálvez.[16]

Sus modelos fueron, el Decreto de 1841, una Ley para la Administración de Justicia en los Negocios de Comercio del Estado de Puebla de 20 de enero de 1853, y el Código de Comercio español de 1829, de Sáinz de Andino. De aquél (y de la Ley poblana) copió la lista de los negocios mercantiles —art. 218—, en los que el carácter de comerciante (mercader, incisos 1º y 3º) se sustituía por el objeto, los actos (inciso 2º) o negocio (inciso 3º, sin que aún se incluyeran los actos de empresas que enumeraron los arts. 632, párrafos tercero y cuarto, y 633 párrafo primero del Código francés).

9.1. *Semejanzas y diferencias con el Código español de 1829.* Del ordenamiento español, si bien copió la estructura (salvo que el Código de Sáinz de Andino, no contenía la enumeración de los actos y negocios comerciales) y la distribución de las materias, se apartó dictando normas propias de importancia, precursoras en algunos casos de normas y principios actuales (vgr. el art. 35 primer párrafo), y otras que no pasaron a la legislación vigente, pero que resultaría conveniente introducir, como las relativas a los "mercaderes en pequeño", arts. 19 y 20; el principio que actualmente rige nuestro sistema de publicidad

[15] Nótese que se pensaba en un Código de Comercio de alcance nacional. Esta, debe haber sido una idea común y prevaleciente, que subsistió hasta la Constitución de 1857 (art. 73 fr. X), y que explica que el C. Co. de 1854, influido fuertemente por este Decreto de 1841, también pretendía su aplicación en todo el país; desde su nombre lo indicaba: Código de Comercio de México. Sobre el tema, Infra 9.2.

[16] Así aparece del periódico *El Omnibus,* n. 14 del 3 de diciembre de 1851; que me fue proporcionado por la profesora María del Refugio González. Para un análisis más detenido de este Código, Cfr. Vázquez Arminio, ps. 135 y s.

registral, a saber que las escrituras no registradas, no pueden oponerse a tercero, quien, en cambio, las puede invocar en su favor (art. 35 primer párrafo): la lista o enumeración de los actos o "negocios mercantiles" (art. 218); el principio de que "en la interpretación de las obligaciones mercantiles, deberá atenderse más a lo que dicte la *buena fe* (el C. Co. esp. sí recogió este principio, art. 247), la *equidad y los usos del comercio* que al estricto sentido de las palabras"; la aceptación en varios preceptos de la supletoriedad del derecho común (arts. 219, 229, 230; 244, etc.), y otros.

El nuestro fue deficiente frente al hispano en algunas materias de sociedades (vgr. la liquidación, en que dicho C. Co. esp. de 1829 fue el primero en el mundo en reglamentarla); en cambio, fue más amplio que el español en cuanto que adicionó al Libro Quinto las disposiciones procesales relativas a "la administración de justicia en los negocios de comercio", (arts. 925 a 1091), que si bien comprendió también el ordenamiento hispano (arts. 1178 a 1219), más bien y más ampliamente se reguló en una ley especial, la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio, de 24 de julio de 1830. En nuestro C. Co., claramente se estableció que, para sus efectos, "son negocios mercantiles los especialmente determinados en el art. 218 y demás contenidos en este Código" (art. 943).

9.2. *Un solo Código de carácter nacional.* Ahora bien este C. Co. de 1854 pretendía ser aplicable en todo el país; en efecto, sin que esto se hubiera indicado expresamente en precepto alguno,[17] se desprende claramente de diversos artículos de dicho Ordenamiento (arts. 1º al 4º; 14 a 27, 29, 764, 925, 937, etc.). Nos sumamos, pues, a la opinión en este sentido que expresa Vázquez Arminio.[18]

9.3. *Vicisitudes del Código de 1854. Códigos de Comercio locales.* La vigencia del Código de 1854 se interrumpió seis meses después de que entró en vigor, al triunfo de la Revolución de Ayutla, sin que hubiera una derogación especial, puesto que la Ley dictada por el Presidente interino, don Juan Álvarez, sobre Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Federación, de 23 de noviembre de 1855 (Dublán y Lozano, Legislación mexicana, t. 7, 1877, ps. 598 y s.), sólo indicó en su art. 1, que "Entre tanto se arregla definitivamente la administración de justicia en la nación, se observarán las leyes que sobre este ramo regían en 31 de diciembre de 1852, con las modificaciones que establece este decreto" —el cual suprimió los tribunales especiales, con excepción de los eclesiásticos y militares (art. 42); también estableció —art. 45— que "los jueces del fuero común conocerán de los negocios de co-

[17] Inclusive, las "Bases Orgánicas" de 1843, que por Decreto del 22 de agosto de 1846 habían dejado de tener vigencia (González, María del Refugio, *El derecho civil en México 1821-1871. Apuntes para su estudio,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1988, p. 99), establecían que "los Códigos Civil, Criminal y de Comercio serán los mismos para toda la Nación, sin perjuicio de las variaciones que en algunos lugares podrá hacer el congreso por circunstancias particulares". El texto de las Bases Orgánicas de la República Mexicana, en Tena Ramírez, ps. 405 y s.

[18] *Ob. cit.,* p. 140.

mercio y de minería, sujetándose a las ordenanzas y leyes peculiares de cada ramo"; y que, "las disposiciones de este artículo... son para toda la República".

Lo cierto es que el nuevo gobierno quiso borrar todo vestigio del régimen santanista (Mantilla Molina),[19] y así, el 19 de octubre de 1856, en opinión que formuló el Ministro de Justicia del gobierno de Comonfort, don Ezequiel Montes, a una consulta que hizo el Gobernador de Puebla, consideró que dicha Ley de 1855 había derogado al mencionado ordenamiento.

No obstante, en algunos Estados de la República, con fundamento en el mismo Plan de Ayutla, dado que la regulación del comercio aún "no correspondía a la Federación" (lo que sólo ocurrió en 1883, Infra 10), se declaró su vigencia. En Veracruz, se dictó una Ley Orgánica provisional de la Administración de Justicia, el 26 de septiembre de 1855, por el Gobernador Ignacio de la Llave; en la que, el art. 16 declaró que el Código de 1854, "continuará observándose", en cuanto a la substanciación y la decisión de los juicios.[20]

En el Estado de Puebla, por Ley de 3 de diciembre de 1854, se adoptó el Código de Comercio, aunque, como queda dicho, el nuevo gobierno federal del Presidente Comonfort, consideró como insubsistente esta Ley, por haber sido derogada por la Ley de 23 de Noviembre de 1855 (Leyes de Reforma, México, 1869, II, p. 517).

En tiempos del Imperio volvió a establecerse su vigencia, a virtud de un Decreto de 15 de julio de 1863 (Leyes del Imperio Mexicano, México, 1863, I, p. 136), y al restaurarse la República, con el triunfo del Presidente Juárez, se consideraba a dicho Código "como el único vigente en la mayor parte de los Estados de la Federación, excepto en la parte relativa al establecimiento del tribunal mercantil" (porque esa parte, había sido derogada por la Ley del 23 de noviembre de 1855); en Veracruz y Puebla, se habían dictado las leyes especiales antes mencionadas; sin embargo, en Puebla, el Decreto número 44 de 24 de junio de 1868, lo "puso en vigor en el Estado... con excepción del título 1º del libro 1º —el libro 5º, y las demás disposiciones que pugnan con la Constitución General de la República, o la particular del Estado". En el Estado de México, por una ley de 1º de junio de 1868 se declaró vigente "el Código de Comercio de 16 de marzo de 1854... en cuanto a los negocios mercantiles". Igual aconteció en el Estado de Tabasco, por decreto de 29 de enero de 1878, que expidió un Código de Comercio, "copiado del Código de 1854, y el cual empezó a regir a partir del 1º de julio del mismo año".[21]

[19] Cfr. González, María del Refugio, ps. 103 y s., si bien no respecto a la codificación mercantil (C. de Co. de 1854) sino a la civil (C. Civ. de Oaxaca de 1827 a 1829).

[20] Leyes, Decretos y Circulares del Estado de Veracruz Llave, año de 1855, Jalapa, Imprenta del Gobierno del Estado, 1859, p. 39).

[21] Cfr. Compendio histórico sobre las fuentes del derecho por el licenciado G. Castellanos, publicado en San Juan Bautista (hoy, Villahermosa) en Tabasco, en el año de 1896, p. 227 (Los datos son de Fernando Vázquez Arminio). También rigió en Guanajuato y Aguascalientes, según decisiones judiciales de la época, con anterioridad a 1873 y 1876, respectivamente; y quizás, también en Hidalgo y Morelos, que se formaron como nuevos Estados en 1869, porque formaban parte del Estado de México que antes había adoptado el C. Co. de 1854 (Means, Roberto C., *Mexican Commercial Law*, 1854-1884, en Boston College, International and Comparative Law Review, Vol. 2, n. 2, ps. 306 y s.

10. Atribución de carácter federal al derecho mercantil

A virtud de una reforma de fecha 14 de diciembre de 1883 (Tena Ramírez), del art. 72 frs. X de la Constitución de 1857, se concedió al Congreso de la Unión facultades "para expedir códigos obligatorios en toda la República de minería y comercio, comprendiendo en este último las instituciones bancarias", el derecho mercantil se convirtió de derecho local a derecho federal. El texto anterior de dicha norma solamente concedía al Congreso de la Unión, la facultad "para establecer las bases generales de la legislación mercantil". En 1880, al anteproyecto del C. Co. indicaba que era "para el Distrito Federal y el Territorio de la República y las disposiciones sobre derecho marítimo (?) y las bases generales de la legislación mercantil para los Estados de la República".[22] Con dicho carácter federal, aunque invocando facultades extraordinarias de que carecía, según la propia Ley Suprema, el Presidente Manuel González, dictó el C. Co. de 1884.

11. Naturaleza del derecho mercantil y diferencias con el derecho civil

Con aquel fundamento constitucional, la legislación mercantil es única y se aplica en toda la República, en tanto que la legislación civil es local: cada Estado dicta su propio Código Civil, según se desprende del art. 124 de la Constitución vigente (117 de la Constitución de 1857). Resulta importante, en consecuencia, distinguir ambas disciplinas, desde este punto de vista de la aplicación o vigencia territorial, a efecto de saber y precisar si una institución o una materia determinada es civil y corresponde regularla a los legisladores de los Estados, o federal, y su regulación compete al Congreso de la Unión.

11.1. *Materias ajenas, concurrentes y propias.* Hay materias esencialmente civiles, ajenas por completo al derecho mercantil, según se desprende del art. 75 fr. XXI C. Co., como son los casos del derecho de familia y del de sucesiones; pero en materia de obligaciones y de contratos, ambas ramas concurren a su regulación, en cuanto que, si bien los principios y los conceptos generales los establece el derecho civil, otros los fijan las leyes comerciales; vgr., en materia de operaciones de crédito y de obligaciones cambiarias, la presunción de solidaridad pasiva, o la responsabilidad del productor en la Ley de Protección al Consumidor, y en materia de contratos, nuevas y propias figuras mercantiles, como el suministro, el contrato estimatorio, el arrendamiento financiero, el factoraje, etc., y algunos de ellos que son comunes, se reglamentan en forma mucho más amplia y detallada por la legislación mercantil (e.g., el contrato de sociedad, el de seguros y el de transporte).

[22] Cfr. Vázquez Arminio, p. 143 y Memoria que el Secretario de Justicia presenta al Congreso de la Unión, cit. *Means*, cit. p. 318.

11.2. *Intermediación y lucro.* Si para considerar una institución como mercantil solamente se adujeran las notas, que son propias de esta rama del derecho, de intermediación o la finalidad lucrativa, la separación de los dos campos no sería clara ni precisa, porque es inconcuso que a muchas situaciones que tradicional y actualmente están comprendidas en el derecho mercantil, son ajenas ambas notas (e.g. la suscripción, el endoso, o el aval de un título de crédito), y porque ellas también pueden darse, aunque sea marginalmente, en los contratos civiles: por ejemplo, en los contratos agrarios de medianería, en las compraventas de los productos de la tierra o de la explotación del ganado.

11.3. *Historicidad del Derecho Mercantil.* Un criterio histórico, de evolución del derecho comercial, tampoco es suficiente. Es cierto que, por tratarse de una categoría histórica (Supra I.2), es muy importante, y es fundamental tener en cuenta este dato, y admitir, por ejemplo, que si bien el tráfico de inmuebles no fue incluido en el C. Co. fr. (art. 632 párrafo primero), sí lo fue en el C. Co. it. (art. 3), y en nuestro C. Co. (art. 75 fr. II); pero tal criterio evolutivo no basta.

11.4. *Adaptación al sistema económico.* Hay que admitir, ciertamente, que nuestro derecho mercantil se adapta a las nuevas necesidades económicas y sociales, y que, en consecuencia, no es raro, sino frecuente, que acoja y regule materias y figuras de naturaleza dudosa, e inclusive de inobjetable prosapia y tradición civil, como el caso del fideicomiso o del contrato de transporte; o el caso de nuevas figuras como el derecho de los consumidores, que como tal se antoja más propio del derecho común que del comercial. Inclusive, muchas instituciones mercantiles se aplican en forma tan amplia y general, que asumen, como los principios e instituciones del derecho común, carácter de modelos, que después se adoptan por los códigos civiles (vgr. onerosidad y carácter informal de los contratos; cesión de créditos sin autorización del deudor, mora por el simple vencimiento del plazo, etc., etc.).

11.5. *Razones políticas y sociales de la calificación mercantil.* Y es aquí donde descuella el carácter federal del derecho comercial: muchas veces, por razones de conveniencia legislativa o por motivos prácticos de naturaleza social y hasta política, se dictan normas de vigencia nacional, a efecto de impedir que cada Entidad legisle sobre ellos. Ese fue el caso del fideicomiso, de las sociedades cooperativas, del derecho al consumo, y quizás lo sea en el futuro con el derecho al abasto. Para justificar su naturaleza federal, y privar a los Estados de la correspondiente competencia local, se las considera como materias mercantiles y, para esto, a su vez, las leyes, la jurisprudencia, la doctrina, les atribuye tal carácter por la intervención necesaria de empresas mercantiles (bancarias, en el caso del fideicomiso, de suministro o proveedoras en el caso del derecho al consumo, y posiblemente en el de abastos), o porque se consideren que la materia respectiva es consecuencia o deriva de un precepto constitucional que atribuye ciertas facultades al Congreso de la Unión; tal fue el caso de la Ley de Inversiones extranjeras con anterioridad a la adición del 28 de diciembre de 1983, de la fr. XXIX F del art. 73 constitucional (que ya concede expresamente al Congreso de la Unión la facultad de legislar sobre esta materia).

Constituye esto una manifestación importante de la tendencia permanente de comercialización del derecho privado (Infra III.4), y desde el punto de vista político-constitucional, de la absorción y centralización de competencias a favor del Gobierno Federal.

12. Código de Comercio de 1884

Con base en dos Proyectos previos para un Código de Comercio, de 1869 y de 1880, aunque con notables diferencias respecto a ellos, después de lentas y largas discusiones en el Congreso (MEANS), y a virtud de la reforma aludida del art. 72 fr. X de la Constitución de 1857, se dictó el Código de Comercio de 1884, que, respecto a ciertas instituciones constituyó un progreso apreciable en relación con el ordenamiento anterior de 1854.

Propuso, en efecto, ese nuevo texto un concepto de "actos mercantiles" art. 13 ("los que constituyen una operación de comercio o sirven para realizar, facilitar o asegurar una operación o negociación comercial"), al que sigue una lista de operaciones entre las que se incluyeron algunas nuevas que pudo haber reproducido nuestro C. Co. vigente de 1890, a saber, "la compra de un establecimiento dedicado a arrendar bienes muebles" (inciso 2º); el avenimiento de las diferencias de comerciantes (inciso 7º).

A los tres tipos tradicionales de sociedades mercantiles (S. en N. C., S. en C. y SA), agregó la S. en C. por acciones y la S. de R. L., cuyo capital también se dividía en acciones y que, en realidad, sólo constituía una pequeña anónima. La parte relativa a la SA y a esta S. de R. L., fue derogada posteriormente —10 de abril de 1888— en que se dictó la Ley de Sociedades Anónimas, que en muchos aspectos constituye el antecedente de la vigente LGSM (vgr. la existencia y el funcionamiento de los tres órganos de la SA; asambleas —ordinaria y extraordinaria— de accionistas; administración y vigilancia). Reglamentó también el Código de 1884, anticipándose a su tiempo, diversas instituciones de derecho industrial, como la "propiedad mercantil", o sea, la propiedad inmaterial sobre patentes, créditos, aviamiento (arts. 1403 a 1417), marcas de fábrica (arts. 1418-23), nombres mercantiles (arts. 1424-33), etcétera.

13. Código de comercio de 1890 y legislación mercantil vigente

El último de los Códigos de Comercio que han regido en México, y que aún está vigente aunque sea sólo en mínima parte, es el que se promulgó el 15 de septiembre de 1889, y que entró en vigor el 1º de enero de 1890. Se trata, pues, de un Ordenamiento que en las materias que todavía regula es ya centenario; sus modelos fueron, en primer lugar, el Código de Comercio español de 1885; enseguida, el italiano de 1882, del que copió casi literalmente sus arts. 3º y 4º, en el 75 del nuestro, que enumera los actos de comercio. También recibió la

influencia de los Códigos belga (1867) y argentino (1859), y a través de todos ellos, indirectamente, del Código de Comercio francés de 1808.

La mayor parte de las materias originalmente comprendidas en el Código de 1890, han sido derogadas, para ser sustituidas por leyes especiales. Por ello, Rodríguez Rodríguez, dice con notoria exageración, que es un Código de Comercio muerto. Ciertamente lo es, en relación con las múltiples y muy importantes partes que han sido derogadas: limitaciones a la capacidad de la mujer casada, y a los menores de 21 años; emancipación, sociedades de comercio; depósito en almacenes generales; seguros (materia en la que se dictó una Ley sobre compañías de seguros de vida, el 25/V/1910, y su Reglamento el 27/XI/1923); letras de cambio, libranzas, pagarés, cheques y cartas de crédito; moneda, instituciones de crédito, comercio marítimo y quiebras.

No obstante, en el viejo y carcomido Código aún perdura la regulación de los principales elementos constitutivos del derecho mercantil mexicano: en primer lugar, el acto de comercio (art. 75), con la referencia y la inclusión de las empresas (frs. V a XI, XIV, XVI, XVIII, XIX y XX), y la adopción expresa de la interpretación analógica (fr. XXIII); en segundo lugar, el concepto y las clases del comerciante (art. 3º); en tercer lugar, la regulación procesal de los juicios mercantiles (Libro Quinto) que debe modernizarse o desaparecer; en cuarto lugar, las obligaciones de los comerciantes (Registro de Comercio y contabilidad, principalmente), y por último, en quinto lugar, la regulación de obligaciones comerciales y de los contratos mercantiles más usuales: compraventa, permuta y comisión, depósito mercantil, préstamo.

Algunas de las instituciones que el Código todavía comprende han sido modificadas (minoridad —18 años en vez de 21—, capacidad plena de la mujer); otras más, han sido complementadas (Registro de Comercio, obligaciones mercantiles, y compraventa) a través, principalmente, de la Ley de Protección al Consumidor y de la LN por lo que toca al transporte marítimo.

Por otra parte, la materia objeto del derecho mercantil, ha crecido mucho, en relación con la que le era propia al tiempo de la promulgación del Código; y muchas leyes nuevas se han dictado, durante poco más de medio siglo (1930-1982), que rigen figuras e instituciones ignoradas por nuestro venerable Ordenamiento de 1890. En relación con el ejercicio del comercio, la Ley sobre Monopolios; en materia de sociedades mercantiles, la Ley y el Reglamento de sociedades cooperativas, la Ley de Venta al público de acciones de sociedades anónimas, la Ley de S.R.L. de Interés Público, la Ley de Sociedad de Inversión; y en materia bancaria, recientemente (14/I/85), la nueva Ley Reglamentaria del Servicio de Banca y Crédito; y la Ley de Organizaciones y de Actividades Auxiliares del Crédito; las operaciones de crédito que están reguladas, por la LTOC; el contrato de seguros, por la Ley del contrato de seguros; las instituciones de seguros y de fianzas se gobiernan por sendas leyes.

13.1. *Leyes mercantiles recientes.* Otros textos legales amplían el contenido de la disciplina comercial: invenciones y marcas; transferencia de tecnología; regulación de la inversión extranjera; protección al consumidor. Y a estas nuevas materias es posible que pronto se agreguen otras, sobre abasto, empresa pública, restricciones al ejercicio del comercio, regulación del comercio

internacional; que nuevos cuerpos legales que se promulguen normen problemas y requerimientos nuevos, que los cambios económicos y sociales van creando e imponiendo. Es este, como ya se dijo (Supra I.2) el carácter y la índole del derecho mercantil: ir a la zaga de la evolución económica, y recoger y regular, constantemente, dentro de sus disposiciones legales, esas recientes necesidades y esos fenómenos que surgen.

CAPÍTULO III

EL DERECHO MERCANTIL ACTUAL EN MÉXICO. NUEVAS DISCIPLINAS: DERECHO MARÍTIMO, DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, DERECHO ECONÓMICO

BIBLIOGRAFIA: Barrera Graf, Jorge, *La reglamentación uniforme de las compraventas internacionales de mercaderías (Hacia un derecho internacional del comercio)*, UNAM, México, 1965; Duque Domínguez, Justino, *Constitución económica y Derecho Mercantil, en Reforma de la Legislación Mercantil*, Civitas, Madrid, 1929; Garrigues, Joaquín, *Hacia un nuevo derecho mercantil (escritos, lecciones y conferencias)*, Tecnos, Madrid, 1971; Girón Tena, José, *El concepto del Derecho Mercantil;* Goldschmidt Levin, *Storia Universale del Diritto Commerciale*, trad. it. de Victtorio Pouchain y de Antonio Scialoja, UTET, Turín, 1913; Jiménez de Parga, Rafael, *Desarrollo y expansión del Derecho Mercantil*, en Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Antonio Polo, Editorial de Derecho Privado, vol. I, Madrid, 1981; Kozolchyk, Boris, *La comercialización del Derecho Civil y la "civilización" del Derecho Comercial, Reflexiones sobre la moralidad del Derecho Privado*, en Estudios Jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina, Editorial Porrúa, S. A., México, 1984; Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho Mercantil;* Ripert, *Le particularisme du Droit Maritime dans l'Unification Internationale de ce droit*, en Studi di Diritto Commerciale in onore di Cesare Vivante, Roma, 1931, Tomo II; Rodríguez Rodríguez, *Curso de Derecho Mercantil;* Witker, Jorge, *Derecho Económico*, Harla, México, 1985.

1. Tendencias actuales

Como categoría histórica, el Derecho Mercantil cambia en función de nuevas exigencias sociales (y políticas), y principalmente, en función de la evolución de la economía, tanto la capitalista como la socialista. En este sentido, si bien debe admitirse que el derecho comercial ha corrido a la zaga de la economía liberal, a partir de la codificación francesa de principios del s. XIX, y de la economía colectivista y neo-capitalista, a partir del presente siglo (y no precisamente, a partir de la revolución soviética, que poco cambió la estructura y la materia del derecho comercial), debe también indicarse que se va adaptando a distintas exigencias y necesidades sociales, que configuran situaciones nuevas (e.g. los *derechos "difusos", colectivos, sociales),* que agregan otras ramas al viejo tronco del derecho mercantil (vgr. derecho al consumo y derecho mercantil internacional, Infra 7), y que crean constantemente nuevas instituciones (como el fideicomiso y recientemente las sociedades nacionales de crédito), distintos instrumentos (por ejemplo, los *pagafes,* o los "títulos-valores", es decir, los títulos de créditos en masa), e inclusive, nuevos procedimientos técnicos que se utilizan en la banca, la bolsa y las finanzas pú-

blicas (tales como la computación, las transferencias electrónicas de fondos, las comunicaciones por télex y satélites).

Por otra parte, se anota y se alude a una creciente *desprivatización del derecho mercantil* contemporáneo (Girón Tena), que tiende a dar carácter y contenido público a ciertas actividades que se reserva el Estado (la larga lista que señala el art. 28 párrafo cuarto de la Constitución), a múltiples figuras como las sociedades y los fideicomisos estatales, a instrumentos y títulos negociables, como son los certificados de aportación patrimonial (CETES) o los Petrobonos.

2. Integración y desintegración de la legislación mercantil

Entre nosotros, desde otro punto de vista, como ya hemos dicho, de un sistema legislativo único, consistente en el C. Co. de 1890, se ha pasado, a partir de la tercera década de este siglo, a la *dispersión legislativa,* en cuanto que se desgajó aquel Ordenamiento y dio lugar a muchas leyes especiales, derogatorias de libros, títulos y capítulos del C. Co. (por ejemplo, la LN y la LQ, que derogaron, respectivamente, los Libros Tercero y Cuarto de aquél; la promulgación de la LGSM, de la LCS y de la LTOC, con la consecuente derogación de los Títulos II, VI, y VIII respectivamente, del Libro Segundo, del C. Co.), y también en cuanto que al antiguo y tradicional derecho comercial, que se agotaba en los Códigos que siguieron y copiaron al C. Co. fr. de 1808, como fue el caso del nuestro, se agregaron y se han venido agregando otras materias (vgr. leyes de instituciones de crédito, de seguros y de fianzas; Ley de Protección al Consumidor, de Comercio Exterior, de Transferencia de Tecnología, de inversiones extranjeras), reguladas en sendas leyes.

Al lado, pues, del C. Co., se han formado y promulgado muchas nuevas leyes. Todas ellas integran el moderno derecho mercantil, que conserva su carácter expansionista, si bien ya no a costa del viejo derecho civil, del que se apropió ciertos negocios (vgr. el fideicomiso y el transporte), sí a virtud de la creación de disciplinas nuevas, que a falta de una mejor colocación, y en cuanto que mantienen estrechos contactos con el comercio y con la economía, a través de la intervención de la empresa se les debe considerar dentro del derecho mercantil.[1]

Esta situación de expansión y de disgregación de la materia objeto del derecho comercial,[2] ha creado una situación interesante; a saber, que el C. Co. —lo que de él queda— se considere como un derecho de contenido y de alcance *general,* en el ámbito comercial, y que esas otras leyes, sean *especiales,* porque solamente regulan porciones o partes de dicha materia; y que ello sirva para establecer el orden y prelación de las fuentes dentro de esa disciplina: primero, se aplican las disposiciones del derecho especial y a falta de éstas, las del derecho general; este es un principio jurídico, de jerarquía de las leyes, tradicional entre nosotros (Supra I.7), en relación con el derecho clásico español, que se reconoce en forma expresa en algunos Ordenamientos (LTOC, art. 2º frs. I y II, y la LN, art. 6º).

Empero, también existen ciertos signos de carácter contrario, en cuanto que se tiende a restringir el campo del derecho mercantil actual. Se fundan, unos, en razones técnicas y económicas, y otros en cuestiones de política y conveniencia legislativa. Aquéllos, acordes con características de la economía actual —tanto del sistema capitalista del que formamos parte, como del sistema socialista o planificado— tratan de configurar al derecho mercantil, por un lado, exclusivamente como el derecho de las empresas (Supra I.4); y por otro, como derecho comercial interno, en contraposición con el mercantil internacional.

Como consecuencia de aquella limitación, se tiende a separar de nuestra disciplina la regulación de aquellos actos de comercio que resulten ajenos a la actividad de la negociación o empresa (a su organización y funcionamiento), como son los actos aislados, e inclusive los actos en masa que no se ejecuten dentro de la pequeña empresa (por ejemplo, las ventas en misceláneas, tendajones, los servicios de transportes realizados por personas físicas, dueños o arrendatarios de taxis), y atribuirlas al derecho civil.

Como efecto de la restricción de su ámbito de aplicación al derecho interno, surge esa otra disciplina del derecho comercial internacional, recientemente regulada por la Ley del Comercio Exterior —LCE— del 3/II/87; se plantea ésta como una rama autónoma e independiente de su viejo tronco, el cual, hay que recordarlo, nace precisamente como un derecho transnacional.

Se produce así un fenómeno inverso del existente al tiempo en que nació el derecho mercantil y del que ha existido durante su larga evolución hasta la actualidad: nació como un derecho de vocación y de tendencias y prácticas internacionales, y se trata ahora de ceñirlo y circunscribirlo a necesidades nacionales.

Desde otro punto de vista, se pretende derogar el Libro Quinto del C. Co., que comprende la materia procesal mercantil, para incorporarla al Código Federal de Procedimientos Civiles, o bien, abandonarla a los Códigos locales de procedimientos civiles. Se haría un nuevo recorte en el viejo C. Co., cerca de 400 artículos, 1049 a 1414.[3] Pensando rigurosamente, la inclusión de esa materia procesal en el C. Co., carece de justificación, en cuanto que no existen ya tribunales especiales de comercio; además, constituye una regulación obsoleta, anacrónica muchas veces, que en su mayor parte fue copiada del Código de Procedimientos Civiles para el D. F., de 1884, el que a su vez se basó en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881 (Fix-Zamudio).

3. La unificación del derecho privado

La unificación del derecho privado (civil y mercantil), propia del *Common law,* y entre nosotros, de los derechos suizo e italiano, es una idea que se mani-

[1] Qué es la explicación y la justificación de que el derecho al consumo forme parte del derecho mercantil, en cuanto que casi siempre el proveedor es una empresa, privada o pública.

[1 bis] Tal sería el caso del derecho al consumo y de la LFPC por aplicación del párrafo tercero del art. 28 Constitucional.

[2] Garrigues, p. 225: "el Derecho Mercantil tradicional se halla en estado de descomposición". Cfr. Alpa Guido, *La protezione del consumatore in Italia,* en Estudio

[3] El Título cuarto de este Libro, arts. 1415 a 1500 fueron derogados por la LQ art. 3º de sus Disposiciones Generales.

festó en la doctrina mercantilista a fines del siglo XIX y durante los primeros decenios de la presente centuria;[4] que protagonizaron Endemann (1881) y Möller en Alemania y Vivante en Italia (1892) (contra la opinión de otros eminentes mercantilistas como Goldschmidt, Vidari y Rocco), y que había sido recogida legislativamente por el *Código Suizo de las obligaciones* (civiles y comerciales) desde 1882 (posteriormente modificada en 1914 y en 1936); después lo fue por el *Codice Civile,* italiano de 1942 (que regula ambas materias). Curiosa y paradójicamente, en Italia, aunque en la polémica Vivante-Vidari aquél autor, con notable lealtad y probidad científica, se retiró en 1925, por considerar inoportuna e inconveniente la unificación que tan ardorosa y convincentemente había propuesto y defendido, poco después (1942) se dictó y entró en vigor el texto unificado del *Codice Civile.*

En México, a lo más que podemos llegar dentro de nuestra actual estructura constitucional, es a la unificación procesal, pero no a la unificación sustantiva del derecho civil y mercantil dado que por disposición de la Constitución (art. 73 fr. X), corresponde al Congreso de la Unión "legislar... en materia de comercio...", en tanto que la reglamentación del derecho civil se entiende reservada a los Estados de la Federación.[5] La unificación de estas materias sustantivas requeriría una reforma constitucional que, por lo demás, sería conveniente, para evitar la actual dispersión de la legislación civil.

No obstante, debemos señalar dos fenómenos en relación a la unificación legislativa, y a la influencia en el derecho civil de los principios comerciales. Aquél, en relación con una situación de hecho, a saber, que el C. Civ. del D. F., ha sido copiado casi en su totalidad y literalmente en todos los Códigos Civiles de los Estados. Desde este punto de vista, sin modificación constitucional alguna y siguiendo los pasos que se dieron en los Estados Unidos para la adopción en todos los Estados (excepto Luisiana) del Código de Comercio Uniforme, podrían todas las entidades de la República Mexicana formular en una Comisión Nacional que al efecto se integrara, un solo Código Civil Mexicano.[5 bis]

Respecto al segundo fenómeno, debe indicarse que hay una creciente comercialización del derecho privado sobre obligaciones y contratos, así como la absorción de materias y campos que serían civiles, si no fuera porque se celebran por y a través de empresas, con lo que basta para atribuirles carácter comercantil,[6] para que "esos actos propios del comercio, queden en la órbita del derecho mercantil... y sean calificados como actos mercantiles".

4. Comercialización del derecho privado. Razones y justificación

Es innegable la influencia que en la evolución del derecho civil han tenido principios e instituciones que han surgido dentro del derecho mercantil, y que éste recoge y reglamenta. Es este fenómeno similar, que no idéntico (Girón Tena),

[4] Cfr. Girón Tena, José, *El concepto del Derecho Mercantil,* ps. 764 y s.

[5] Art. 124 ibid., según el cual "Las facultades que no estén expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales (a los Poderes Federales), se entienden reservados a los Estados".

[5 bis] Como fue el caso en los Estados Unidos del *Uniform Commercial Code.* Bolaffio Rocco y Vivante, tomo 3, p. 65, y en t. 4º, núm. 1058, p. 6, va más lejos e invoca como posible la aplicación de la analogía.

[6] Basta la participación del comerciante-empresario, dice Jiménez de Parga, p. 397.

al de la unificación del derecho privado (civil y mercantil); más aún, es a virtud de la creciente influencia del derecho mercantil en el civil, que se propuso la unificación de ambas disciplinas, y que se han dictado los Ordenamientos suizo e italiano, a que nos referimos en el número anterior.

El fenómeno anterior al auge del capitalismo, se ha fortalecido con dicha tendencia de crecimiento y difusión; pero, a su vez, no se explica plenamente, ni se agota, en y a virtud del capitalismo. También existe en los sistemas socialistas; y además, como afirma Girón Tena, un fenómeno económico, no sólo patrimonial, sino social, político, filosófico, no puede servir de base y subsanar otro de carácter jurídico.

La comercialización del derecho civil patrimonial (obligaciones y contratos), se explica por el natural carácter conservador de éste, frente al dinamismo del mercantil, y por el hecho de que nuevas necesidades económicas, dentro y fuera del capitalismo, han motivado la difusión y generalización de figuras contractuales nuevas (como el arrendamiento financiero y el factoraje, que se comprendieron originalmente como mercantiles), de la empresa, las letras de cambio y los cheques, de la SA, etc., que, a su vez, han provocado reformas sustanciales a figuras clásicas, como sucede con la compraventa, a virtud del derecho al consumo, con el transporte de mercaderías especialmente en contenedores, y la consiguiente responsabilidad del porteador; con los títulos de crédito en función de su emisión en masa y del fenómeno reciente de la transferencia electrónica de fondos; con la prohibición del anatocismo —intereses sobre intereses— que están prohibidos en el derecho civil (art. 2397 C. Civ.), y que en el mercantil se permite capitalizarlos una vez vencidos (y no pagados) (art. 363 C. Co.).

4.1. *Otras manifestaciones de la comercialización.* Manifestaciones de dicha influencia y de tal tendencia de comercialización del derecho civil, son, en materia de obligaciones, la responsabilidad del deudor por el mero transcurso del término, en el caso del incumplimiento de las obligaciones, sin necesidad de interpelación (art. 2104 fr. I C. Civ.); la responsabilidad limitada de los socios en las sociedades civiles (art. 2704 C. Civ.), y la personalidad jurídica de éstas (art. 25 fr. III); la onerosidad de contratos tales como el depósito (art. 2517) y el mandato (art. 2549); la cesión de créditos sin necesidad del consentimiento previo del deudor (art. 2030); la responsabilidad que el derecho impone a personas ajenas a las relaciones contractuales en el caso del derecho de consumo *(products liability,* art. 32 LPC), y en el de arrendamiento financiero *(leasing),* en el art. 9º del Convenio Internacional, preparado por el UNIDROIT, y aprobado apenas en mayo, de 1988 en la Conferencia Internacional de Ottawa (V. Infra 12, 12).

En materia de contratos, algunos de los reglamentados en el C. Civ. se han convertido, o tienden a convertirse, sólo en negocios mercantiles, como el contrato de hospedaje (arts. 2666 a 2689), el de transporte, que en la mayoría de los casos es mercantil y no civil, ya sea porque lo realice un comerciante o una empresa, o porque sean mercancías el objeto en que recaiga (ex-art. 576 C. Co.); el de seguros, que dejó de estar reglamentado en el C. Civ. (aún lo estuvo en el C. Civ. de 1884, arts. 2705 y s.); en la compraventa, las reglas

que rigen al contrato en que el precio se pague en abonos (art. 2310), derivan del comercio; y cuando se trata de una venta al consumo, el contrato deviene mercantil y se regula por una ley de este carácter, como es la LPC; en esos convenios, como queda dicho, se fijan reglas propias de responsabilidad en las que se involucra no sólo al vendedor sino también al productor.

Todo esto, a su vez, ha provocado profundas modificaciones en los ordenamientos comerciales tradicionales, en cuanto que se concede protección al público consumidor; crece el poder (técnico) de directores y gerentes en mengua de las asambleas de socios; se interviene por el Estado en las empresas en crisis o insolventes, tanto para evitar su quiebra, como para intervenirlas en esos casos de insolvencia;[7] se prohíbe la participación de particulares, a virtud de nacionalizaciones y de disposiciones restrictivas, en actividades que cada día son más numerosas: electricidad, petróleo, banca, transportes nacionales; se restringe, en fin, la libertad y la autonomía de los particulares mediante normas de orden público y la prohibición de que ellas creen nuevas figuras en materias de sociedades y de títulos de crédito.

4.2. *Independencia de ambas disciplinas. El problema de la supletoriedad.* A pesar de este fenómeno, y del correlativo, o sea, la constante influencia del sistema del derecho civil en el derecho mercantil —la "civilización" del derecho mercantil—,[8] subsiste la independencia y la autonomía de ambas disciplinas, así como el carácter general de aquél —derecho común—, y especial de éste. Por ello, en los casos de lagunas del derecho mercantil se aplica supletoriamente el derecho civil.

Respecto a este problema de la supletoriedad (sobre el que con mayor amplitud discurrimos en Infra IV.14), que en forma expresa establece el art. 2° C. Co., resulta interesante plantear la cuestión de la posible aplicación a la materia civil de normas contenidas en las leyes mercantiles, no en las civiles; o sea, la situación inversa, a saber, aplicar supletoriamente el derecho mercantil, en caso de omisiones y lagunas del derecho civil. La solución, en general, es negativa, precisamente por la especialidad del uno y la generalidad del otro: no resulta, en principio, válido predicar y aplicar al derecho común o general, principios y reglas especiales, como son las del derecho comercial; para ello, se requiere la modificación legislativa de la norma civil. No obstante, resulta válida la aplicación al derecho civil de preceptos contenidos en la legislación mercantil, cuando aquél es omiso y ésta contiene principios generales del ordenamiento jurídico.[8 bis]

Además, en virtud del estancamiento de ciertos contratos civiles (compraventa, préstamo, contrato de hospedaje, mandato, prenda); de ciertos principios de transmisión de derechos, o de nuevas necesidades económicas, nacionales (vgr., que a virtud meramente del endoso de facturas, como si se tratara de títulos valor a la orden, se trasmita la propiedad de ciertos bienes, como los automóviles), e internacionales (e.g., las reglas de los contratos entre ausentes, según el Convenio de 1980 de Viena, sobre las compraventas internacionales, arts. 14 a 24), (Infra III 12-4), o el principio de la responsabilidad de de terceros, no partes de los contratos, en el convenio internacional sobre arrendamiento financiero de Ottawa, de 1988, art. 9°, Infra 12.12), se adaptan y se imponen normas e instituciones mercantiles sobre añejos y obsoletos principios civiles.

[7] La quiebra reciente de Aeroméxico (julio de 1988) en que se dieron tantas violaciones legales (a la LQ, principalmente), es un claro ejemplo; otro, sería el de la Cía. Fundidora de Fierro y Acero de Monterrey, S. A.

[8] Véanse, Duque Domínguez, p. 80; Kozolchyk, Boris, ps. 425 y s.; Garrigues, p. 225.

[8 bis] En este sentido, v. Rocco, *Principios de Derecho Mercantil*, n. 191, p. 325, y Bolaffio, Leone, *De las obligaciones comerciales en general*, en el Derecho Comercial de Bolaffio Rocco y Vivante, tomo 3, p. 65.

5. Creación de nuevas disciplinas jurídicas

Además del fenómeno señalado arriba, de la diáspora o dispersión legislativa, existen corrientes autonomistas de ciertas disciplinas o de ciertas materias que antaño eran consideradas como comerciales; lo que también significa restringir el ámbito del clásico derecho mercantil, mediante el reconocimiento de la independencia de ciertas ramas, como el derecho marítimo, el derecho mercantil internacional, o como la regulación jurídica de la economía pública y estatal, que ha dado lugar al derecho de la economía.

6. Derecho marítimo

Respecto a este derecho, se afirma la autonomía de la disciplina, y para fundarla se aducen razones históricas y fuentes propias,[9] y entre nosotros, razones constitucionales (Ramón Esquivel). Esas razones no deben desdeñarse, sino al contrario, deben tomarse en cuenta para confirmar la independencia del derecho marítimo, respecto al derecho mercantil terrestre. Pese a que una tradición legislativa que parte del C. Co. fr. de 1808 comprenda en un solo Ordenamiento a las dos materias, hay otras razones que llevan a acoger tal tesis autonomista, y que son de mayor importancia que aquellas circunstanciales meramente. De ellas resulta evidente que ciertas notas y características —del derecho marítimo—, le son peculiares y particulares (se habla, en efecto, del *particularismo del derecho marítimo)*, y que son distintas de las propias del derecho mercantil terrestre.[10]

6.1. *Origen y evolución.* El origen de las instituciones del derecho marítimo remonta a muchos siglos antes, no sólo del derecho mercantil terrestre (que sólo surge en la Edad Media), a cuya evolución contribuyó en medida apreciable el marítimo, sino incluso del derecho romano; la evolución legislativa del derecho marítimo es diferente, muy anterior (Código de Hamurabi, 2000 a.C.; Código de Manú, s. XIII a.C.; Lex Rhodia de Iactu, s. V a. de C.), y paralela después en muchos casos a los textos y ordenamientos terrestres. Así sucedió desde el Consulado del Mar de Barcelona, que según Goldschmidth constituyó el derecho del Mediterráneo durante muchos siglos, y después, al lado de

[9] V. Girón Tena, *El concepto*, ps. 728 y s. y 742.

[10] Ripert, ps. 162 y s. Entre nosotros en forma amplia, Estrada Sámano, José Antonio, *El Derecho Marítimo, su particularismo, su especificidad (ensayo jurídico-filosófico)*, Tesis, México, 1963, passim, principalmente ps. 1 y s. y 80 y s.

las Ordenanzas Terrestres de Luis XIV, de 1673 y las Ordenanzas Marítimas de 1681; y así sucede actualmente en muchos países —el nuestro entre ellos— en que junto a la regulación del contrato de transporte por tierra o por aire (C. Co.; LVGC), existe una regulación exclusiva del transporte marítimo, en la vigente LN que antes formaba parte del C. Co., Libro Tercero.

Por otra parte, en la actualidad, al lado del derecho marítimo tradicional, existe el llamado Derecho del Mar,[11] que regula ese medio geográfico en el que se desarrollan las comunicaciones y el transporte marítimo: el de la plataforma continental, los "zócalos submarinos" (art. 27 pfo. 4º y s. de la Constitución), de los mares y océanos, para resolver instituciones y problemas de carácter constitucional (arts. 42 frs. IV y V, 73 frs. X y XIII, 104 fr. II), internacional público, mercantil, y sobre todo, marítimo en sentido estricto, en el que existen, desde época inmemorial, instituciones y principios propios sobre la fortuna de mar, el abandono del buque; y otras más recientes, que inclusive se han regulado internacionalmente, como las compraventas marítimas y la responsabilidad del naviero.

6.2. *Características propias.* El medio geográfico en que se desarrolla el comercio marítimo, es internacional (salvo el tráfico costero y de cabotaje); el vehículo que le es propio —el buque— ha tenido desde la antigüedad una consideración especial, tanto en derecho privado (cosa mercantil), como en derecho público (territorio del Estado en que se abandera); al capitán del buque, igualmente, le ha sido atribuido un *status especial,* de representante general —*institor*—, de fedatario (e.g. en el testamento marítimo, arts. 158 y s. C. Civ.), y de autoridad pública (art. 16 fr. III LN), y se le reconocen facultades especiales amplísimas (vgr. la echazón); por otra parte, la empresa de navegación (art. 127 LN) también goza de un régimen especial (piénsese en la "fortuna de mar", arts. 132 y s. LN); por último, las fuentes de la regulación del derecho marítimo, no sólo son las leyes nacionales, sino, de manera muy importante, las Convenciones internacionales, por ejemplo, actualmente, la de Hamburgo de 1978 sobre el transporte marítimo internacional (Infra III.12.11),[12] la Convención de las Naciones Unidas sobre el transporte multimodal internacional de mercancías (del cual existe un Reglamento del Ejecutivo Federal, *D. O.* 16/VIII/82), y los usos marítimos internacionales (art. 6º LN); todo lo cual justifica hablar de una idiosincracia, de un "particularismo" del derecho marítimo.[13]

7. Derecho mercantil internacional

El carácter internacional que tuvo desde su origen el derecho mercantil, aún perdura y tiende a fortalecerse. El auge mundial del comercio, la facilidad de

[11] Alberto Székely, *Derecho del Mar,* en Introducción al Derecho Mexicano, UNAM, México, 1981, vol. II, ps. 1479 y s.

[12] Que a la fecha (enero de 1989) aún no entra en vigor, porque, según nos informa José María Abascal Zamora (actual delegado de México ante la CNUDMI), se habían depositado once ratificaciones, de otros tantos países, y se requieren veinte.

[13] Ripert, ps. 163 y s. Estrada Sámano, p. 80.

las comunicaciones, la interdependencia de las economías nacionales, y la creciente intervención de organismo jurídicos de alcance económico (en las Naciones Unidas), regionales (ALADI entre nosotros, y la CEE), que preparan y redactan textos de aplicación internacional, convenciones (vgr. la de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercaderías), reglas uniformes (e.g. las de Viena sobre créditos documentados) y términos comunes (vgr. los INCOTERMS), son causas que provocan y propician la independencia de un nuevo *derecho mercantil internacional,* regido por usos del comercio internacional y por normas codificadas por dichos órganos internacionales, como la CNUDMI y la UNCTAD; por instituciones regionales (la multitud de leyes y reglamentos promulgados por el CEE o por la COMECON) y por organismos interestatales, como los casos del UNIDROIT, de la Conferencia Permanente de La Haya para el Derecho Internacional Privado, y de la Comisión Jurídica Interamericana.[14]

La labor legislativa unificadora de todos esos cuerpos es enorme y de creciente importancia; y da lugar a una nueva *Lex Mercatoria:*[15] campos enteros de actividades económicas están ya regidos por convenciones y ordenamientos externos: el transporte marítimo, el arbitraje comercial, los instrumentos internacionales de créditos y pagos, la compraventa internacional de mercaderías; en otras actividades, bancarias, aduanales, monetarias, intervienen instituciones y organismos internacionales autónomos, integrados por varios países, vgr. el FMI, el GATT, el Banco Mundial, e inclusive se pretende unificar mundialmente la totalidad de la legislación mercantil. No obstante, aún se duda de la autonomía y la independencia de esta disciplina —el derecho mercantil internacional— en relación con el Derecho Mercantil Nacional.[16]

La reciente promulgación de la Ley de Comercio Exterior (LCE., *D. O.* del 3/II/1987) (Infra 14) así como la ratificación en la esfera internacional del Acuerdo General de Aranceles y Comercio, más conocido con la sigla inglesa GATT (General Agreement of Tarifs and Trade), ponen en un primer plano la cuestión de la existencia y la vigencia de esta nueva disciplina, el DMI, con un mayor grado de sistematización y de autonomía respecto a nuestra legislación mercantil interna o nacional (C. Co. y todas las demás leyes de materias de comercio).

7.1. *Origen y evolución.* Tracemos a grandes rasgos los inicios, la evolución y las notas distintivas de esta nueva rama del derecho mercantil, para referirnos después a la LCE.

Es sabido el origen y la vocación internacional del derecho mercantil. Nació con tal característica en la Edad Media, aunque en aquella época no existían aún naciones, sino sólo ciudades y centros comerciales, en Italia primero (Supra II.2), después en Francia, España, Alemania, Inglaterra. Las nuevas necesidades e intereses eran los mismos, y en quienes se centraban eran siempre

[14] Sobre esta nueva disciplina, Schmithoff, Clive, *The Law of International Trade, its growth, formulation and operation,* en The Sources of the Law of International Trade, International Association of Legal Sciences. Stevens and Sons, Londres, 1963, ps. 5 y s. y 15 y s.

[15] Kassis, ps. 11 i., y s. ps. 10 y s. habla de un *tertiun genus* entre el derecho interno y el internacional (n. 12).

[16] Kassis, cit., n. 14, p. 12, Schmitthoff, ps. 15 y s.

los mercaderes y comerciantes, aislados al principio, que después se coaligaron en gremios, corporaciones, cofradías, e inclusive, en los países germánicos del Báltico, en agrupaciones de estados y ciudades: la Liga Hanseática, como esbozo y cierne de una organización internacional.

Dicho carácter y nota distintiva se opacaron con el gran movimiento codificador, nacionalista, que inició el Código de Comercio francés de 1808. Antes de él se dieron, en el derecho español, ordenamientos de villas y ciudades (Ordenamiento de Alcalá, s. XIII, Ordenanzas de Burgos s. XIV, de Sevilla, s. XVI, de Bilbao s. XVI y XVII. V. Supra II, 4, 4), y de corporaciones y consulados de comerciantes. Entre estos destacaron el Consulado de Barcelona (siglo XIII), llamado Consulado del Mar, "complejo de normas de derecho marítimo, que fungió por muchos siglos en el Mediterráneo, como único (Código de Derecho Marítimo";[17] en nuestro país, los Consulados de México (1592) (Supra II.7), de Guadalajara y de Veracruz de 1795). En el *derecho francés,* las celebérrimas Ordenanzas de Luis XIV y su Ministro Colbert, sobre derecho mercantil terrestre (1673) y derecho mercantil marítimo (1681), que sirvieron de precedente al C. Co. de Napoleón, y que más que nuevos ordenamientos legales fueron compilaciones (codificación de costumbres y usos comerciales) que provenían de antaño, que perduraron hasta el siglo XVII, y muchos de los cuales aún subsisten y se aplican en materia mercantil, en todos los países. Por último, en el *derecho germano,* sin distinguir además las materias civil y comercial, el Código Prusiano *(Allgemeines Landsrecht* de 1794, y el Código Civil Austriaco de 1811.

8. Resurgimiento del Derecho Mercantil Internacional

En el presente siglo ha vuelto por sus fueros la tradición ecuménica del DMI. Esto, como consecuencia tanto del auge de las transacciones comerciales internacionales, terrestres (entre los países de Europa, fundamentalmente), marítimas y aéreas (en todo el mundo), como por la introducción, el perfeccionamiento, la expansión y las facilidades de las comunicaciones instantáneas (radio, televisión y medios electrónicos). Todos los países reciben pronta y eficazmente servicios y mercaderías provenientes de los estados más lejanos del orbe; y en todos los de estructura capitalista se introducen las empresas trasnacionales de las grandes potencias económicas (EUA, Japón, Alemania, Inglaterra, etc.), que al hacerlo en países en desarrollo, como México y muchos más, aplican nuevos métodos y sistemas de colonización ya no militar, sino económica.

9. Manifestaciones del Derecho Mercantil Internacional

Son varias: desde la organización y el funcionamiento de comisiones regionales de distintos países (como la CEE), situadas en zonas económicas comunes, o de semejante organización política (ejemplo, la COMECON); la constitución de organismos internacionales (como la CNUDMI); la suscripción y ratificación de tratados y convenciones (vgr. la Convención sobre la compraventa

[17] Goldschmidt, Levin, ps. 163 y 164.

internacional, de Viena de 1980),[18] hasta la aplicación de reglas (como los INCOTERMS), y de modelos de contratos internacionales (como las Reglas de Viena); y funcionan también tratados comerciales bilaterales entre distintas naciones.

Refirámonos brevemente a las principales de estas manifestaciones.

10. Comisiones económicas regionales

Las de mayor importancia, tanto por su fuerza como por su grandes logros jurídicos y económicos, son:

10.1. *La Comisión Económica Europea* (CEE), constituida en el Tratado de Roma, de 1972; agrupa a los seis miembros primitivos (Francia, Italia, Alemania, Bélgica, Holanda y Luxemburgo),[19] a tres miembros posteriores (Reino Unido, Irlanda y Dinamarca),[20] y a otros tres recientes (España, Portugal, Grecia). Ha legislado sobre muchas materias, entre las que sobresalen desde el ángulo que aquí interesa, la de libre comercio, sociedades por acciones,[21] quiebras, competencia desleal y derecho industrial (patentes y marcas).

10.2. *COMECON.* El organismo internacional que agrupa a los países europeos de mercado centralizado, de carácter comunista, con excepción de Yugoeslavia y Albania, y al que también Cuba ha adherido, es el *Consejo de Asistencia Mutua Económica,* CAME más conocida con la sigla COMECON).[22] Comprende, pues, a la URSS, Alemania Democrática, Polonia, Checoslovaquia, Hungría, Rumania, Bulgaria, Vietnam y Cuba. Ha promulgado leyes sobre el comercio libre o compensado entre los países miembros, sobre ciertos contratos y empresas industriales.

10.3. *Organización de Estados Americanos (OEA),* a la que pertenecen todos los países de América, con excepción de Canadá, Cuba, Barbados, Belice y Granada, y que opera a través del *Comité Jurídico Interamericano,* con sede en Río de Janeiro; que ha ejercido una amplia y notable labor legislativa, a través de convenios y tratados, muchos de los cuales han sido ratificados por México.

10.4. *Acuerdo de Cartagena.* Es un tratado regional multilateral suscrito originalmente por cinco países andinos, por lo que también se conoce como el *Pacto Andino:* Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, y Perú, al que adhirió Ve-

[18] Ratificada por el Senado *(D. O.* 12/XI/87) y promulgada por el Presidente de la República *(D. O.* 71/III/88).

[19] Estos tres últimos países integran, a su vez, otra comunidad internacional, el Benelux.

[20] Este país, junto con Noruega, Suecia y Finlandia, integran el Grupo de los Países Escandinavos.

[21] Sus antecedentes en Proposta di Regolamento al Consiglio relativo al Statuto delle Societá per azioni europee, en Bolletino delle Communitá Europee, Suplemento, 4/75.

[22] Schmitthoff, 17. V. su texto, en Programa complejo de profundización y perfeccionamiento de la colaboración y desarrolllo de la integración económica socialista de los países del CAME, Moscú, 1971.

nezuela el 1/I/74 y cuyos objetivos son "promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países signatarios, acelerar su crecimiento mediante la integración económica... establecer condiciones favorables para la conversión de la ALALC (Asociación Latinoamericaan de Libre Comercio).[23]

11. Comisiones jurídicas internacionales gubernamentales y no gubernamentales

Las de mayor importancia desde el punto de vista geográfico son:

11.1. *La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (CNUDMI, más conocida por su sigla inglesa UNCITRAL), con sedes tanto en Nueva York como en Viena, que se compone de 37 países, que funciona desde 1968, y que ha elaborado múltiples convenciones, ratificadas y en proceso de ratificación, así como Leyes Modelo, reglas de arbitraje, modelo de contratos, de cláusulas contractuales y guías jurídicas (Infra 13. 3 y 4).[24]

11.2. *La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado*, con sede en esa ciudad de Holanda, que entre otros muchos textos de contenido mercantil, preparó últimamente la Convención sobre la ley aplicable en materia de compraventas internacionales de mercaderías, que aún no ratifica México.

11.3. *El (UNIDROIT)*. El Instituto para la Unificación del Derecho Privado, con sede en Roma, fundado en 1926, que a diferencia de las dos anteriores no es un organismo que agrupe a países sino a juristas de distintas nacionalidades. Ha preparado textos comerciales de singular importancia, algunos de los cuales, aprobados después en Conferencias Internacionales, han sido ratificado por México; nos referimos a la Convención de Ginebra de 1983, sobre la representación en materia de compraventas internacionales de mercaderías; otras dos Convenciones, aún no ratificadas por parte de nuestro país, son la de Ottawa de 1988, sobre el arrendamiento financiero y el contrato de factoraje.

11.4. *La Cámara de Comercio Internacional* (CCI) con sede en París y oficinas en la mayoría de los países (en México, opera una desde hace más de 30 años), que interviene en forma directa, connotada y eficiente en materia de transacciones bancarias (las Reglas de Viena, Infra 13.2) y de arbitraje internacional, materia sobre la que cuenta con Reglas propias de gran aplicación en el mundo entero. Participa, activamente, además, en organismos internacionales de las Naciones Unidas, como la CNUDMI y la UNCTAD (United Nations Commission on Trade and Development), así como en la Conferencia de La Haya y el UNIDROIT de Roma; manteniendo observadores en las reuniones y grupos de trabajo de ellos, donde los expertos discuten y preparan los diferentes proyectos que aprueban.

Todos estos organismos internacionales prosiguen su tarea de preparar textos de convenios, de leyes modelo (como la de Arbitraje Comercial de la CNUDMI), de modelos de ciertos contratos internacionales, lo que conduce a la meta de una codificación progresiva del DMI, tarea que, aunque de larguísimo alcance, ya no puede considerarse meramente como una utopía.

De todos los organismos descritos en este número, con excepción obviamente del COMECON, es miembro nuestro país, que ha intervenido muy activamente en las diferentes tareas.

12. Tratados y convenios multilaterales

Los suscritos y ratificados por nuestro país, en materia mercantil, son los siguientes:

12.1. *Convención de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial.* Fue este el primer tratado internacional en materia mercantil suscrito por México; data de finales del siglo pasado (1883) y fue ratificado por México en 1903; desde entonces se convirtió en ley nacional vigente. Posteriormente, ha sido revisada varias veces, y la última versión de Estocolmo, de 1976, fue ratificada por nuestro país en 1978. Comprende la regulación de los bienes inmateriales, patentes, marcas, nombre comercial, etc., así como los principios fundamentales que regulan la competencia desleal.[25]

12.2. *Arreglo de Madrid sobre registro de marcas.* También del siglo pasado, sobre registro de marcas, regía, respecto a su registro internacional, el llamado Arreglo de "Madrid" de 14/IV/91, para asegurar en todos los países miembros la protección de las marcas registradas en el país de origen, mediante su depósito en la Oficina internacional de Berna. Este Arreglo fue denunciado por México, en 1942 por razones de incosteabilidad.[26]

12.3. *Convenios relativos al transporte aéreo.* Además de múltiples convenios bilaterales sobre transportes aéreos, que están en vigor, aprobados y ratificados por México durante los últimos treinta años, celebrados con la mayor

[23] No mencionamos a la ALALC (SELA, actualmente) en esta larga lista de organismos y de textos internacionales, porque se trata de un organismo que aún está en periodo de organización. La referencia en el texto al Acuerdo Cartagena, en Morles Hernández, I, ps. 90 y s.

[24] Cfr. CNUDMI, La Comisión de las Naciones Unidas sobre el *Derecho Mercantil Internacional*, Nueva York, 1986 (número de venta S. 86, v. 8) en donde aparecen los textos aprobados hasta la fecha de la publicación. Con posterioridad, nos informa José María Abascal Zamora, se aprobó la Convención sobre letra de cambio y pagaré internacionales; la Guía Jurídica de la CNUDMI para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales y la Guía Jurídica de la misma CNUDMI sobre transferencia electrónica de fondos.

[25] Su artículo 10 bis, por mucho tiempo —hasta la LPI de 1973— constituyó la normativa básica de nuestra reglamentación sobre dicha materia. Hoy, se complementa con la LCE (Infra 14). Sobre la Convención, y particularmente, el análisis del art. 10 bis, me permito remitir a mi libro: *Tratado de Derecho Mercantil*, ps. 24, 34 y 723 y s.; y sobre el art. 10 bis, ps. 403 y s.

[26] Cfr. *Ob. últ.* cit., ps. 318 y s.

parte de los países con los que nuestro país mantiene relaciones comerciales y de turismo, los principales convenios multilaterales ratificados por México, son: el Convenio de Varsovia para la Unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional del 12/X/29 —y un Convenio Complementario 20/VI/63— y el Convenio sobre Aviación Civil Internacional, celebrado en Chicago el 7/XII/44, ratificado el 6/XII/69 y publicado en el *D. O.* el 17/IX/70.

Últimamente, en diciembre de 1987, se ratificaron por el Senado diversas convenciones interamericanas, y de las Naciones Unidas y del UNIDROIT. Las principales y más importantes de ellas son:

12.4. *Convención sobre la compraventa internacional de mercaderías.* Fue aprobada por la Conferencia Internacional que se celebró en Viena en 1980, convocada por las Naciones Unidas; regula los principios fundamentales de dicho contrato internacional, así como las relaciones entre vendedor y comprador. Su importancia es enorme, pues a partir de su vigencia es el texto aplicable al principal contrato del comercio mundial, las compraventas internacionales, que se celebren en los términos de su art. 1,[27] en lugar de nuestros textos internos del C. de Co. (arts. 371 a 387), de la LN (arts. 210 a 221) de los Códigos Civiles del D. F. (arts. 2248 a 2319) y de los Estados.[28]

El instrumento de adhesión (ratificación del Gobierno Mexicano) a esta Convención se depositó por nuestro gobierno ante el Secretario General de las Nacional Unidas, el 29/XII/87. Se publicó en el *D. O.* el 22/XII/1988. Entró en vigor en México el 1/I/89.

12.5. *Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías.* Fue aprobada en Nueva York, en 1978, en una Conferencia Internacional de Plenipotenciarios, y el Protocolo que la reformó, en la Conferencia de Viena de 1980; han sido ratificados por México, y las ratificaciones o instrumentos de adhesión se depositaron ante las Naciones Unidas el 29/XII/87; y se publicó en el *D. O.* 17/III/88. Entraron en vigor respecto a nuestro país en los términos de su art. 99 párrafo I, el 30/XII/88.[29]

12.6. *Convención sobre la representación en la compraventa internacional de mercaderías.* Preparada por el UNIDROIT, fue aprobada por una Conferencia Internacional que se celebró en Ginebra el 17/II/83; regula, sólo, las relaciones entre el representante de una parte, y el comprador o vendedor de la otra parte; no comprende, pues, las relaciones del representante con terceros, que serán materia de otra Convención que dicho Instituto de Roma tiene en preparación. El instrumento de la ratificación del Senado mexicano, octubre de 1987, con dos declaraciones a los arts. 27 y 29 sobre el otorgamiento de poderes en operaciones de comercio exterior, fue depositado ante el Gobierno de la Confederación Helvética el 22 de diciembre del mismo año, se publicó en el *D. O.* del 5/II/87, y el texto se publicó en el *D. O.* el 22/II/88. Entrará en vigor, en nuestro país, un año después de que se hubiera "depositado el décimo instrumento de su ratificación, aceptación, aprobación o adhesión" (art. 33 inciso 2).

Están pendientes de ratificación varias Convenciones internacionales en materias comerciales, las principales son:

12.7. *Convención sobre la Ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías.* Procede de la Conferencia de La Haya sobre DIP; fue aprobada por la Conferencia Internacional que se celebró en dicha ciudad en octubre de 1985, en la que participó México. Contiene las reglas de conflictos de leyes aplicables en dicha materia de la compraventa.[30]

12.8. *La Convención sobre la letra de cambio internacional y el pagaré internacional.* Elaborada por la CNUDMI y cuya adopción, a propuesta de México, se recomendó a la Sexta Comisión de la Asamblea General de las NU, sin que fuera convocada una Conferencia Diplomática Internacional (por sus altísimos costos). Así lo decidió el 7/X/88, y dicha Asamblea el 9/XII/88, con lo que se convirtió en Convención Internacional, quedando abierta para su firma durante 18 meses en la sede de NU en Nueva York. Entrará en vigor cuando se hayan depositado 20 adhesiones.[31]

12.9. *Convenciones Interamericanas sobre derecho comercial internacional.* José Luis Siqueiros,[32] lista las siguientes: *a)* "Conflictos de leyes en materia de letra de cambio, pagarés y facturas..."; *b)* Conflictos de leyes, en materia de cheques; *c)* Arbitraje comercial internacional, y II *d)* Conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles.[33] Todas estas Convenciones se

[27] "La Convención se aplica a partes (comprador y vendedor) que tengan sus establecimientos en Estados (países) diferentes: *a)* Cuando... sean Estados contratantes (es decir, que hayan ratificado la Convención), *b)* Cuando las normas del DIP prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante...".

[28] Sobre dicha Convención, véanse, principalmente, *Comentary on the International Sales Law*, The 1980 Viena Convention, C.M. Bianca y M.J. Bonell, como compiladores de 14 comentaristas —entre ellos el autor del presente libro— Giuffré, Milán, 1987; Honnold, John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, Kleewer, Law and taxation publishers, Deventer*, Holanda, 1982 y Schzelechtriem, Peter, *Uniform Sales Law, The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Viena, 1986. Un antecedente en México sobre la materia, Barrera Graf, Jorge, *La Reglamentación Uniforme de las compraventas internacionales de mercaderías*, UNAM, México, 1965, passim.

[29] O sea, el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que haya sido depositado el décimo instrumento de ratificación... Lo que ya había ocurrido antes de la ratificación de México.

[30] Cfr. Conference de La Haye de Droit International Privé, Loi applicable aux contrats de vente internationale de merchandise, Projet de Convention adopté par la Commisión Spéciale, Vente-Salès. Doc. prel. Nº 4, Aout, 1984.

[31] Agradecemos estos datos a José María Abascal, quien representó a México en las últimas sesiones del Grupo de Trabajo respectivo de la CNUDMI. Inicialmente, la representación la tuvieron el maestro Mantilla Molina y el autor de este libro.

[32] La codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional Privado en América, en *Obra Jurídica Mexicana*. Procuraduría General de la República, México, 1987, p. 43.

[33] La exposición y crítica de esta Convención, en Frisch Philipp, *La Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles*, en Estudios jurídicos en memoria de Mantilla Molina, ps. 229 y s., v. también en la misma publicación, García Moreno, Víctor Carlos, *La Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles. Derecho positivo norteamericano y mexicano*, ps. 337 y s.

concluyeron en la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, en Panamá, en 1975 (CIDIP I).[34] Las Convenciones indicadas bajo los incisos *b)* y *d)* se aprobaron en la Conferencia celebrada en Montevideo en 1979 (CIDIP II).[35]

Debemos agregar la *Convención sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas a el Derecho Internacional Privado,* aprobado por la Tercera Conferencia de la OEA, en la Paz en mayo de 1984, y que se refiere principalmente a sociedades mercantiles; fue ratificado por México y publicado en el *D. O.* del 19/VIII/87.[35 bis]

12.10. *Estatuto de la Comisión Latinoamericana de Aviación Civil,* que rige en 19 países de Latinoamérica; aprobado por México según Decreto publicado en el *D. O.* el 2/IV/75, y cuyo objeto primordial "consiste en proveer a las autoridades de aviación civil de los Estados miembros (de) una estructura adecuada dentro de la cual puedan discutirse y planearse todas las medidas requeridas para la cooperación y coordinación de las actividades de aviación civil" (art. 4º).

12.11. *La Convención sobre el transporte marítimo de mercaderías* (Reglas de Hamburgo). Fue aprobada por la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas, celebrada en Hamburgo en 1978. Aún no se ratifica por México, ni ha entrado en vigor (Supra III.6.2).

12.12. *Convención sobre el arrendamiento financiero y el contrato de factoraje.* Aprobada por la Conferencia Internacional de Ottawa, convocada por el UNIDROIT, en mayo de 1988; está pendiente de ratificación por nuestro país.

12.13. *El Acuerdo General de Aranceles y Comercio,* mejor conocido como GATT (General Agreement of Tarifs and Trade), que entró en vigor en 1948, al que México adhirió el 24/VII/87; consta de 38 artículos, y su objetivo principal consiste en reglas que prohiben los impuestos interiores, con el objeto de velar porque los productos extranjeros disfruten de igual trato (fiscal) que los nacionales" (art. III): [36] y recientemente el llamado "Código Antidumping" del GATT (suscrito ad referéndum por México el 24/VII/87).[37]

[34] SIQUEIROS, cit., p. 20, y en ps. 22 y s. ver comentarios a cada una de las Convenciones.

[35] *Ibidem,* ps. 27 y s.

[35 bis] Sobre el tema de esta Convención, V., del Comité Jurídico Interamericano, *"Armonización de las legislaciones de los países latinoamericanos sobre sociedades incluso el problema de sociedades de carácter internacional,* Unión Panamericana, Washington, *D. O.* 1967 (OEA. Documentos oficiales 1/VI/1, CJI, 94); FRISCH PHILIPP, *Ob. ult. cit.,* ps. 299 y s., y en la misma publicación y sobre el mismo tema, GARCÍA MORENO, *Ob. ult. cit.,* ps. 337 y s.

[36] WITKER, *Derecho del Comercio Internacional,* Facultad de Derecho, Universidad de Guadalajara, s/f, pero 1981, ps. 39 y s.; y recientemente, Los Códigos de conducta internacional del GATT suscritos por México (Comentados y relacionados con la legislación mexicana), UNAM, México, 1988.

[37] Su texto y comentarios, en Jorge WITKER y Ruperto PATIÑO MANFER, en *La defensa jurídica contra prácticas desleales de comercio internacional (Ley de Comercio exterior comentada),* Editorial Porrúa, S. A., México, 1987, ps. 203 y s.

13. OTROS ORDENAMIENTOS INTERNACIONALES

De relevante importancia son dos, que han adquirido gran difusión y renombre en el comercio moderno, por referirse, directa e indirectamente, a la compraventa internacional. Aludimos a los llamados *INCOTERMS* (abreviatura de la expresión inglesa In commercial terms), y a las conocidas como *Reglas de Viena.*

13.1. *Los INCOTERMS.* Fueron elaborados por la CCI en 1936, y han sido sometidas a revisiones posteriores en 1953, 1967, 1976, la última de las cuales fue en 1980; contienen los conceptos o definiciones legales de diferentes clases de contratos de compraventa, que se usan en el comercio internacional (CIF, CAF o CSF; FOB, LAB; FAS, etc.), algunas de las cuales fueron recogidas por nuestra LN (art. 213 a 221).[38]

13.2. *Las Reglas de Viena* (Reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios). Proceden también de la CCI (1933),[39] y también ha sido obejto de revisiones posteriores (a lo que sabemos, actualmente se revisan por el CCI). Se trata de una codificación de usos y costumbres internacionales sobre los créditos documentados, revocables e irrevocables, de naturaleza bancaria, que suelen derivar de los contratos de compraventa internacional.

13.3. *Proyecto de Guía Jurídica para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales.*[40] Elaborada por la CNUDMI, en 1987, como su nombre indica, se ofrece a quienes en un país, ya sean particulares o instituciones públicas, quieren hacer grandes obras de carácter industrial y ofrecen la participación de empresas constructoras extranjeras, con amplia experiencia y sólido apoyo económico.[41]

[38] Cfr. "Incoterms 1953". International rules for the interpretation of trade terms, International Chamber of Commerce, Brochure 166, 7ª impresión, París, 1967.

[39] Su texto en Uniforms customs and practices for documentary creditos (Régles et usances aux Crédits Documentaires). Revisión 1962. International Chamber of Commerce, Brochure 222, París, 1963. El texto en español en CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Títulos y Operaciones de Crédito,* 2ª ed., Librería Herrero, México, 1957, y *Derecho Marítimo,* Editorial Herrero, México, 1970, en sus versiones de 1951 y de 1962, respectivamente, ps. 276 y s., y 653 y s.

[40] Respecto a costumbres y prácticas internacionales, SCHMITTHOFF, 16. Sobre esta guía, de la Secretaría del Grupo de Trabajo de la CNUDMI, que preparó el documento, V. BASNAYAKE, Sinka. *La guía jurídica de la CNUDMI, para la redacción de contratos internacionales de instalaciones industriales,* en *Revista de Derecho Industrial,* Año 8, número 22, Buenos Aires, 1986, ps. 1 y s.

[41] El texto final fue aprobado en el Noveno Periodo de Sesiones del Grupo de Trabajo sobre el nuevo orden económico internacional, en Nueva York, el 16 de abril de 1987. En el grupo de la CNUDMI, figuró México, que forma parte de los miembros de la Comisión.

13.4. *Proyecto de Guía Jurídica sobre la transferencia electrónica de fondos, elaborada también, por la CNUDMI, en 1987.* Se prepara con miras a auxiliar a legisladores nacionales y a usuarios, bancos, etc., para el uso de los nuevos medios electrónicos, a los que la banca moderna acude para la transmisión inmediata de fondos de una institución a otra.[42]

14. Codificación actual y perspectiva del DMI Ley de Comercio Exterior

Como hemos dicho, apenas ayer se promulgó en México la Ley de Comercio Exterior (LCE), reglamentaria del art. 131 Constitucoinal *(D. O.* 13/I/86), que concede al Poder Ejecutivo Federal, art. 1º, el derecho de gravar las mercancías que se importen o exporten, reglamentar la circulación de mercancías en la República (párrafo primero); y con autorización del Congreso de la Unión, aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación o importación... y para crear otras..." (párrafo segundo).

El objeto de esta nueva Ley es, según el primer párrafo del mismo art. 1º, "regular y promover el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquier otro propósito similar en beneficio del mismo, a cuyo fin se faculta al Ejecutivo Federal... para: I. Aumentar, disminuir o suspender las cuotas..., II. Establecer medidas de regulación o restricciones a la exportación e importación de mercancías consistentes en: *a)* Cuotas compensatorias provisionales y definitivas a la importación de mercancías en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional..."

Ahora bien, independientemente de las relaciones de la LCE y de los problemas de tarifas y aranceles al comercio exterior,[43] materia respecto a la cual rige y funciona el GATT (Supra 12.13) Co., y sin soslayar la importancia que tienen esos problemas respecto al concepto mismo del DMI, esa nueva LCE es importante, primero, porque inicia la tarea de codificación en ese campo, la cual habrá de completarse en el futuro; segundo, por lo que significa en cuanto a la sistematización del DMI; tercero, porque ella se refiere a aspectos tan importantes y tan negativos del tráfico internacional como son ciertas prácticas de competencia desleal como el *dumping* (art. 7º) (En Infra X.5.2, el texto de esta disposición).

En cuanto al procedimiento para la fijación y la imposición de dichas cuotas, así como su monto, se aplican, respectivamente, los arts. 9º a 19, y 22.

En materia de comercio exterior estamos en México en los inicios de una amplia regulación, a la que nuestros juristas comienzan a asomarse, en estudios, que a no dudarlo, servirán de guía de otros más, que habrán de consolidar esta

[42] Cfr. UNCITRAL, *Legal Guide on Electronic Funds Transfer,* United Nations Publication, Sales Nº.: E. 87y V. 9.

[43] Sobre esto, el art. 3º de la Ley creó la "Comisión de Aranceles y Contratos al Comercio Exterior, como órgano de consulta del Ejecutivo Federal, para estudiar, proyectar y proponer criterios generales y las modificaciones que proceden en materia de comercio exterior, así como participar en la aplicación de esta Ley conforme a lo establecido en la norma".

nueva disciplina del derecho mercantil tradicional. Sobre este tema de Derecho Mercantil Internacional, y concretamente, de la Ley de Comercio Exterior, me permito remitir al libro de Jorge Witker V. y Ruperto, Patiño Manffer, *La Defensa Jurídica contra Prácticas Desleales de Comercio Internacional* (Ley de comercio exterior comentada), Editorial Porrúa, S. A., México, 1987, que además de comentar el texto de la LCE, artículo por artículo, contiene el texto del artículo 131 de la Constitución, el decreto que creó la Comisión de Aranceles y Controles al Comercio Exterior, las disposiciones relativas del Código Fiscal de la Federación y las del Reglamento de dicho Código; así como el libro que preparó la Barra Mexicana Colegio de Abogados, respecto a un Seminario que celebró en diciembre de 1985, sobre la nueva ley (entonces, todavía proyecto) del comercio exterior, en el que destacan el prólogo de Raúl Medina Mora, y dos magníficos artículos de Rodolfo Cruz Miramontes, uno sobre el análisis de la ley y el otro sobre "Aspectos legales del intercambio comercial internacional".[44]

15. Derecho económico

A pesar de que esta rama del derecho constituye un fenómeno relativamente reciente, tiende a evolucionar y a consolidarse, y ya ha merecido la adopción y el análisis de nuestra doctrina (Witker, Ruiz Massieu, Rangel Couto), así como su integración curricular en los planes de estudios de nuestras facultades y escuelas de derecho.

Aún se discute, sin embargo, su concepto, el ámbito de su aplicación, su naturaleza misma económico-jurídica, el sujeto que le es propio, y en fin, su carácter sistemático, aunque variable y contingente, en cuanto que es producto de necesidades económicas circunstanciales, heterogéneas, coyunturales.[45]

Su nacimiento se debe a la intervención del Poder Público en la economía, que planteó la crisis del liberalismo, que preconizaba el abstencionismo del Estado en el ejercicio de la actividad económica, la que se reservaba a los particulares y a las empresas privadas. La necesidad, por una parte, de atender con eficacia y prontitud a las exigencias de la colectividad, no sólo respecto a los servicios públicos, sino a la oferta de mercancías y de ciertos satisfactores económicos (productos alimenticios básicos, energéticos, transporte, vivienda): y por otra parte, la concurrencia en el mercado de empresas muy poderosas económicamente, muchas de ellas de origen extranjero (trasnacionales), que compiten ventajosamente con las nacionales, y que tienden a absorverlas o a suprimirlas, han motivado cambios radicales de aquél sistema, para dar lugar a

[44] Barra Mexicana, Colegio de Abogados, *La Nueva Ley sobre Comercio Exterior,* Editorial Porrúa, S. A., México, 1987.

[45] Girón Tena, *Apuntes de Derecho Mercantil I,* Madrid, 1970, 1980, p. 84; Rojo, *El Derecho Económico como categoría sistemática,* en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* t. LXXX, segunda época, marzo de 1980, ps. 249 y s.; Garrigues, *Hacia un nuevo derecho,* p. 221. Entre nosotros, Witker, Jorge, *Derecho Económico,* Harla, México, 1985, ps. 21 y s., y antes, con el mismo título, en la *Introducción al Derecho Mexicano, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM,* México, 1981, vol. II, ps. 905 y s.

un franco y creciente intervencionismo estatal,[46] a la multiplicación y el auge de las empresas públicas, y a imponer restricciones y controles administrativos a la inevrsión extranjera, ya sea en capitales (LIE), en tecnología (LTT), o en derechos sobre bienes inmateriales (LIM).

A partir de 1983, esas restricciones cedieron frente a las necesidades económicas que planteaba la severa crisis en la que caímos desde 1981, y más gravemente durante el gobierno del presidente De la Madrid (1982-1988), en que se convirtió en urgente la inversión extranjera, así como la adquisición por ella de parte de la deuda externa,[47] de tal manera que las antiguas restricciones a la inversión extranjera, se han convertido en medidas de atracción y protección de ella, que la LIE permite mediante la actuación y los permisos que otorga la CNIE, los que a nuestro juicio pueden resultar inconstitucionales.

El concepto del nuevo derecho económico, se ofrece en función de la regulación por el Estado de la economía, a través de empresas públicas y, sobre todo, de un sistema normativo, constitucional *(constitución económica)* y legal, que en forma exclusiva le atribuye ciertas actividades (monopolios), o lo faculta para intervenir y restringir otras en que participan los particulares (la iniciativa privada). Aquella regulación se manifiesta actualmente en el derecho del Estado para plantear, coordinar y orientar la actividad económica, en cuanto que le corresponde la "rectoría del desarrollo... y... el fomento del crecimiento económico" (nuevo art. 25 constitucional), mediante *planes económicos* de gobierno (planificación), que tienden a convertir al sistema político en una economía dirigida, y a estatizar ésta, en detrimento de la libertad de comercio, y de la libre empresa.

Para la consecución de estos fines y de los planes y programas relativos, el Derecho de la Economía se vale muchas veces de instituciones privadas, prestadas del derecho comercial y que gozan de un prestigio secular, generalizado con ventajas que aún no se superan, aunque con características peculiares que se adaptan a las nuevas necesidades, como son las sociedades anónimas, el fideicomiso, las acciones y los bonos u obligaciones, aunque, en ocasiones se introduzcan cambios en algunas de esas figuras (en la SA, principalmente); otras instituciones, empero, como la empresa, sólo son de carácter y de naturaleza económica; y otras, en fin, son nuevas, como las sociedades nacionales de crédito, que en realidad constituyen empresas públicas, manejadas por el Estado.

[46] Sin embargo, en el gobierno actual y en el anterior, el Estado se ha desprendido de multitud de empresas públicas, y ha suprimido o fusionado muchas de ellas.

[47] Sobre esta materia y los mecanismos de capitalización de dicha deuda, Infra XXXIV.10.

CAPÍTULO IV

LAS FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL

BIBLIOGRAFÍA: Barrera Graf, Jorge, *Tratado de Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, S. A., 1957; García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 21ª ed., revisada, Editorial Porrúa, S. A., México, 1973; Kassis, Antoine, *Théorie générale des usages du commerce (droit comparé), contrats et arbitrage internacionale. Lex mercatoria*, L.G.D. et J., París, 1984; Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho Mercantil;* Rocco, Alfredo, *Principios de Derecho Mercantil*, trad. esp. Madrid, 1931; Rubio, Jesús, *Introducción al Derecho Mercantil*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1969; Tamayo y Salmorán, Rolando, *Fuentes del Derecho*, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2ª ed., -D-H-, Editorial Porrúa, S. A., 1987, ps. 1478 y s.; Zamora Pierce, Jesús, *Derecho Procesal Mercantil*, 2ª ed., Cárdenas, editor y distribuidor, México, 1978.

1. Concepto y clases

Fuentes del derecho, en general, son, dice Bobbio,[1] "aquellos hechos o aquellos actos de los que el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas"; pero no sólo son los "procesos de creación de las normas jurídicas", sino también los "factores y elementos que determinan su contenido" (García Máynez). Aquéllos, constituyen las llamadas *fuentes formales;* éstos, las *fuentes reales o materiales.* Deben considerarse, además, las *fuentes históricas,* constituidas por los medios materiales en que se manifiesta externamente la norma jurídica.

Fuentes formales son la legislación y la costumbre (usos normativos). Fuentes reales, la jurisprudencia, la tradición, los principios generales de derecho, las nuevas necesidades económicas y sociales, la utilidad social y la conveniencia política o económica de la norma o del principio, las condiciones generales de los contratos; las reglas del derecho comercial internacional (Supra III.13). Fuentes históricas son los códigos y las leyes encuadernadas, los diarios y periódicos oficiales, los documentos, (como las exposiciones de motivos o las discusiones de las leyes en el Congreso), las inscripciones en registros, los repertorios de jurisprudencia.

2. La legislación

En sistemas como el nuestro de derecho escrito, la fuente formal por excelencia es la legislación, y más concretamente, en el derecho privado, los Códigos —el

[1] Citado por Rubio, p. 3.

Civil ("Código por antonomasia" Girón Tena) y el comercial—; o sea, la ley o conjunto de leyes o decretos escritos y en vigor, que regulan en forma sistemática materias afines o ramas del derecho. Se habla entonces de la constitución, de códigos y de leyes civiles, mercantiles, procesales, penales, reglamentos, etcétera.

La legislación mercantil emana de uno de los órganos del Estado Federal: el Poder Legislativo, compuesto por la Cámara de Diputados y la de Senadores; mediante un amplio procedimiento *legisferante* (el proceso legislativo) que establece la Constitución (arts. 71 y 72), en el que se distinguen seis etapas distintas y sucesivas (García Máynez), "a saber, iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciación de la vigencia". El Poder Ejecutivo, también participa en dicho proceso, pero solamente en cuanto a la facultad de dictar reglamentos de leyes, que le atribuye la fracción I del art. 89 de la propia Constitución, a través de un procedimiento, en el que, a su vez, deben distinguirse las etapas de iniciativa (del titular de dicho Poder, o sea, del Presidente de la República), de publicación y de iniciación de su vigencia.

La ley y el reglamento contienen disposiciones generales y abstractas, de cumplimiento obligatorio, en defecto del cual el Estado puede imponerlas coactivamente, o imponer sanciones por el incumplimiento. Estas, pueden consistir en la privación de la libertad (delitos penales, arts. 16 y 18 Const.), arrestos administrativos (art. 21 Const.); pérdida, expulsión y prohibición de cargos (de funcionarios, de fedatarios); sanciones pecuniarias (multas, intereses moratorios); en la declaración de nulidad o ineficacia de actos y negocios; en el cumplimiento forzado de una obligación; en la restitución o reembolso y el pago de daños y perjuicios. Excepcionalmente, cabe que el incumplimiento de una ley carezca de sanción, caso en el que se habla de normas imperfectas.

La ley escrita otorga garantías de seguridad, certeza, uniformidad, que en menor medida ofrece el precepto consuetudinario, sobre todo, en cuanto a los requisitos para modificar los preceptos escritos. En cambio, la costumbre atiende en mayor medida a la oportunidad y al valor de la justicia.

La norma o precepto legal consiste en un texto escrito; pero no se limita a éste, también comprende (respecto a su alcance y aplicación) su correcta interpretación, ya sea a virtud de principios establecidos en la ley misma (vgr. la analogía a la que alude la fr. XXIV del art. 75 C. Co.), la cual interpretación es, propiamente, una nueva fuente de derecho (Infra VI.8), o por aplicación de aquellos principios generales de derecho cuyo contenido sea también interpretativo (e.g. el principio de que la ley especial prevalece sobre la ley general; o el principio general de la responsabilidad por culpa;[2] o el de que no está permitida la aplicación analógica y extensiva de normas penales y excepcionales). A ambos supuestos se refiere el último párrafo del art. 14 constitucional, que establece que las sentencias civiles deberán ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

[2] ZIPPELIUS, *La estructura argumentativa de la interpretación de la ley*, trad. de Héctor FIX FIERRO, Revista de la Facultad de Derecho de México, núm. 119, t. XXI, 1981, ps. 603 y s.

3. LEYES MERCANTILES VIGENTES

El ordenamiento más antiguo y de mayor generalidad, en cuanto que es aplicable a todas las leyes mercantiles en casos de omisiones y lagunas de ellas, es el Código de Comercio, publicado los días 7 al 13 de octubre de 1889, y en vigor a partir del 1º de enero de 1890.

Al tiempo de su promulgación regulaba la totalidad de la materia mercantil: su art. 4º transitorio, en efecto, no sólo abrogó el C. Co. anterior de 20 de abril de 1884, sino también "las leyes mercantiles preexistentes y relativas a las materias que en este Código se tratan". Poco a poco, a partir de 1926 en que se dictaron las primeras Leyes de Instituciones de Seguros (*D. O.* 25/V/26) y de Instituciones de Crédito (*D. O.* 31/VIII/26), fueron disgregándose del Código de 1890 materias muy importantes, con las que se formaron nuevas leyes que derogaron las disposiciones equivalentes del C. Co. Respecto a otras materias, que no estaban reguladas en éste, se dictaron y continúan dictándose leyes especiales. Podemos, pues, distinguir en la legislación en vigor, leyes derogatorias y leyes complementarias del viejo C. Co.

Las principales de unas y de otras son las siguientes, cuyo contenido se precisa en el nombre mismo de la ley, y que se citan en orden cronológico, con su sigla o abreviatura respectiva:

4. LEYES DEROGATORIAS DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Leyes sobre Instituciones de Crédito, la primera, de 1926, fue modificada el 29/VI/32, y enseguida, la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (*D. O.* 31/V/41) (LIS); después de la nacionalización de la banca (Decreto del 1/IX/81), se dictó la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito (LRSPB) (*D. O.* 1/I/83), esta última, a su vez, se abrogó por lo que está en vigor, la LRSPB (*D. O.* 14/I/85). Ley sobre Vías Generales de Comunicación (*D. O.* 31/VIII/31) que fue reformada el 29-VIII-32, y derogada por la vigente (*D. O.* 19/II/40, cuyos artículos 306 a 373 se reformaron por decreto *D. O.* 23/I/50; Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (*D. O.* 27/VIII/32) (LTOC); Ley General de Sociedades Mercantiles (*D. O.* 4/VIII/34) (LGSM); Ley Orgánica del art. 28 constitucional en materia de monopolios (*D. O.* 31/VIII/34) (Ley de Monopolios o L de Mon.); Ley sobre el contrato de seguro (*D. O.* 31/VIII/35) (LCS); Ley General de Sociedades Cooperativas (*D. O.* 15/II/38) (LGSC); Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos (*D. O.* 20/IV/43) (LQ); Ley de Navegación y Comercio Marítimo (*D. O.* 21/XI/63) (LN).

5. LEYES COMPLEMENTARIAS

Ley General de Instituciones de Seguros de 25/V/26, modificada por la Ley vigente (*D. O.* 31/VIII/35) (LIS); Ley Monetaria de los Estados Unidos

Mexicanos (*D. O.* 24/XII/30), modificada por la ley vigente (*D. O.* 27/VII/1981) (Ley Monetaria); Ley de Cámaras de Comercio y de las de Industria (*D. O.* 26/VIII/41);[3] Nueva Ley Orgánica del Banco de México (*D. O.* 28/VIII/36), modificada por leyes del 31/V/48 y del 29/II/82 que fue derogada por la ley vigente (*D. O.* del 31/XII/84) (Ley Orgánica del Banco de México); Ley Federal de Instituciones de Fianzas del 31/XII/42, modificada por la vigente (*D. O.* 29/XII/50) (LIF); Ley del Mercado de Valores (*D. O.* 2/I/75) (LMV) anterior a ésta, fue la Ley de la Comisión Nacional de Valores (*D. O.* 30/XII/53); Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera (*D. O.* 9/III/73) (LIE); Ley Federal de Protección al Consumidor (*D. O.* 5/II/76) (LPC); Ley de Invenciones y Marcas (*D. O.* 11/II/76 (LIM); Ley sobre el registro de la transferencia de tecnología y el uso y explotación de patentes y marcas (*D. O.* 30/XII/72) (LTT); Ley General de Organizaciones y sociedades auxiliares de crédito (*D. O.* 14/I/85) (LOA); Ley de Comercio Exterior (13/I/86) (Ley Reglamentaria del art. 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Comercio Exterior) (LCE).

6. Reglamentos mercantiles

En cuanto a Reglamentos de algunas de estas leyes, dictados por el Presidente de la República, los principales son:

Reglamento del Registro Público de Comercio (*D. O.* 22/I/79, el anterior era el de 15/IX/1885); Reglamento de corredores para la plaza de México, de 1º/XI/1891; Reglamento de inspección, vigilancia y contabilidad de las Instituciones de crédito (*D. O.* 9/II/35): Reglamento de la Ley General de Sociedades Cooperativas (*D. O.* 1/XII/38); Reglamento de la Ley de Inversiones Extranjeras (*D. O.* 16/V/89); Reglamento de la Ley de Invenciones y Marcas (*D. O.* 20/II/81); Reglamento del Registro Público Marítimo Nacional (*D. O.* 29/VIII/80); Reglamento de Agentes de seguro (*D. O.* 24/IX/81), que sustituyó al publicado en el *D. O.* del 29/IX/80; Reglamento del art. 29 bis de la LPC (*D. O.* 7/VI/82); Reglamento para el Transporte multimodal internacional (*D. O.* 16/VIII/82); Reglamento Interior del Banco de México (*D. O.* 5/VIII/83); Reglamento Interior de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros (*D. O.* 18/XI/86).

7. Tratados y Convenios Internacionales

A unos y otros, que forman parte de la legislación mercantil, fuente formal de derecho, nos referimos en Supra III. 12 y 13.

Muchas de estas convenciones aún no se ratifican por México, empero, junto con otras preparadas por varios organismos, están en proceso de so-

[3] La anterior, Ley de las Cámaras Nacionales de Comercio y de su constitución, data de 1908 (*D. O.* 12/VI/1908).

meterse a la ratificación del Senado, ya que la Secretaría de Relaciones a través de una comisión que designó al efecto, ha aprobado su texto y propondrá al Ejecutivo ser presentadas a su ratificación.

8. Acuerdos, reglas, circulares que como resoluciones generales se dictan por el Ejecutivo Federal

El fenómeno jurídico del presidencialismo y el económico y político del intervencionismo del Estado en las actividades económicas, ha provocado entre nosotros que, en violación del principio constitucional de división de poderes (art. 49), el Ejecutivo Federal, crecientemente, se arrogue facultades legislativas, o que ellas le sean atribuidas y se le deleguen por leyes expdidas por el Congreso de la Unión.[4] Es un fenómeno cada vez más frecuente al que, por cierto, no son ajenos países de la más rancia tradición liberal en que aún se predica el abstencionismo del Estado respecto a actividades comerciales e industriales.[5]

Los poderes y facultades que indebidamente se delegan al Ejecutivo, algunas veces derivan de leyes, otras de reglamentos del Presidente de la República; en ocasiones de acuerdos de Secretarías de Estado, del Director del Banco de México, de comisiones y agencias como la Comisión Nacional Bancaria (CNB), o la Comisión Nacional de Valores (CNV); o bien, de Comisiones Intersecretariales, como la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (CNIE). Se refieren a una amplia gama de actividades mercantiles: inversiones extranjeras, derecho monetario, adquisición de divisas, determinación del valor de la moneda extranjera (que el art. 73 fr. XVIII de la Constitución atribuye al Congreso de la Unión), reglas de derecho de seguros, de fianzas, bancarias, bursátiles, de sociedades de inversión, e inclusive, fijación de tarifas de transportes y de la posible responsabilidad del porteador. Estas facultades se manifiestan en el dictado de reglas, disposiciones y acuerdos generales, que son leyes desde el punto de vista material, aunque formalmente no deriven del Congreso de la Unión, ni constituyan reglamentos en los términos de la fracción I del art. 89 Constitucional. Ejemplos de estas disposiciones normativas son, entre muchos otros, los siguientes:

8.1. *Facultades legislativas otorgadas por leyes.* Son, en la Ley Monetaria (*D. O.* 27/VII/31), el art. 8º, reformado por decreto publicado en el *D. O.* del 8/I/86, que en su párrafo segundo confiere al Banco de México en los términos

[4] Como indicación del gran número de estas disposiciones administrativas dictadas por la Secretaría de Hacienda, por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, la Comisión Nacional de Valores, el Banco de México, véase el índice de la publicación de la Editorial Porrúa, S. A., sobre *Legislación Bancaria,* Serie Leyes y Códigos de México. Colección Porrúa, 33ª ed., México, 1988. En dicho índice, y sólo en relación con las actividades bancarias, bursátiles y monetarias, junto con leyes y reglamentos se listan más de cincuenta disposiciones legales de dicha índole. Hay que agregar muchas más sobre inversiones extranjeras, propiedad industrial, transporte, etc.

[5] Para los Estados Unidos de Norteamérica, v. Berle, Adolf, *The American Economic Republic,* A. Harvest Book, Harcourt, Brace and World, Inc., Nueva York, 1965, ps. 104 y s.

de su Ley Orgánica la facultad de determinar el tipo de cambio;[6] en la LIE, a favor de la CNIE, el art. 12 frs. I, IV, VI, que al permitir que esta dicte resoluciones generales viola la nueva fracción XXIX-F del art. 73 Const.; en la nueva Ley Orgánica del Banco de México *(D. O.* 31/XII/84), los arts. 23 bis, 27, 52, y en relación con este último, las "Reglas complementarias de control de cambios aplicables al registro de créditos en divisas a cargo de empresas privadas establecidas en el país y a favor de entidades financieras del exterior *(D. O.* 24/III/83); en la nueva Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, los arts. 6º, 10 párrafo 2 y 16. En materia de instituciones y sociedades mutualistas de seguros, la LIS, art. 26, faculta a la SH para dictar reglas generales en que autorice la celebración de operaciones de reaseguro, y el art. 29 para fijar el capital mínimo de las I. de C.; cosa similar ocurre con las I. de F., según los arts. 15 fr. II párrafo primero y 39 LIF.

8.2. *Otorgadas por reglamentos y decretos.* Son aplicables del Decreto de Control de Cambios *(D. O.* 13/XII/82), los arts. 2º inciso *a)* y *f)*, 5º, 6º, 7º, y el "Decreto que establece reglas para atender requerimientos de divisas, a tipos de cambio especiales *(D. O.* 18/VIII/82).

8.3. *Resoluciones de Secretarías de Estado* (de Hacienda y Crédito Público, principalmente): como el "Acuerdo por el que se autoriza la tarifa a que se sujetarán los servicios que presta el órgano desconcentrado de servicio de transbordadores" *(D. O.* 12/IX/84), que además de fijar rutas y señalar tarifas (arts. segundo y tercero) establece derechos de los pasajeros (e.g. art. Quinto fr. IX, XI) y límites a la responsabilidad del porteador (ibid. frs. XVII y XVIII)

8.4. *Resoluciones generales que dicten comisiones y agencias administrativas;* como la CNIE, reiteradamente en varias de las Resoluciones Generales dictadas a partir de, e incluyendo la número 1 (sobre empresas maquiladoras), del 7/VI/73,[7] y de manera principal en la "Resolución General que sistematiza y actualiza las Resoluciones Generales emitidas por la CNIE *(D. O.* 3/II/88), en la que son múltiples y muy claras las disposiciones que adicionan, modifican y dejan sin efectos preceptos de la LIE y RRNIE, lo que evidentemente viola nuestro régimen constitucional; como la CNB, arts. 5º, 7º, 94, 96 y 138 bis; la CNV, arts. 41, frs. V, IX, X y XV de la LMV; y en materia de S. de I., reiteradamente se faculta a la CNV, con la autorización previa de la SH para dictar disposiciones generales (LSI, arts. 13, 14 fr. IX, 15, 18, 20 y 23).

Pues bien, por su amplísima y creciente aplicación, a pesar de la inconstitucionalidad de tales facultades, debemos tenerlas en cuenta como una fuente

[6] Sobre el aspecto anticonstitucional de esta disposición, así como la crítica de todo el precepto, V. VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, *El artículo 8º de la Ley monetaria: antecedentes, interpretación, jurisprudencia y relación con disposiciones afines,* ps. 13 y s. del estudio que aún está inédito.

[7] En mi libro, *La regulación jurídica de las inversiones extranjeras en México,* UNAM, México, 1981, ps. 42 y 168, invoco lo inconstitucional de la actuación de la CNIE respecto a aquellas resoluciones generales que califico de normativas, y a las que se alude en ps. 166 a 171.

[7 bis] Estas Resoluciones Generales, así como el RRNIE dejaron de tener vigor al promulgarse el RLIE, que a su vez está plagado de disposiciones anticonstitucionales.

anómala, pero fuente al fin, de legislación mercantil (que por supuesto, también se da en otras ramas; el derecho fiscal, sobre todo). Es de desearse que nuestra Constitución prevea y consienta esas, o algunas de esas actividades legislativas del Poder Ejecutivo Federal, como lo hace tratándose de salubridad general (art. 73 fr. XVI) y de importación y exportación de mercancías (art. 131).

9. COSTUMBRE. CONCEPTO

La costumbre, como un proceso de formación de normas y principios jurídicos, es decir, como usos de contenido y de valor normativo, es otra de las fuentes autónomas del derecho mercantil; y aún más, es la fuente originaria de esta disciplina, la cual nació de las prácticas y de los usos (normativos) de los comerciantes, los que configuraron una nueva rama del derecho, distinta y separada del derecho civil, y que ha crecido e impuesto muchos principios modernos, diferentes y ajenos al derecho civil romano.

La costumbre es una fuente no escrita;[8] procede, primero, de prácticas comerciales y judiciales (jurisprudencia) que se repiten y se generalizan, para adquirir fuerza obligatoria, y a partir de entonces devienen normas jurídicas, con el mismo valor y eficacia que las legales —*opinio iuris*—; se requiere, por supuesto, la licitud del uso, es decir, que no viole principios de derecho o las buenas costumbres. Se rechazan como usos, prácticas viciosas, como serían, por ejemplo, el establecer en los estatutos de una sociedad, que no sea cooperativa, la duración indefinida de ella, lo que sería contrario al requisito exigido por el art. 6º fr. III LGSM.

No obstante, en nuestro derecho de raigambre romana, la fuente principal es el derecho escrito, la ley; la costumbre sólo se aplica en ausencia de un precepto legal, o cuando este la invoca.

9.1. *Autonomía de la costumbre.* Se discute entre nosotros; para negarla, se afirma (García Máynez, Mantilla Molina, Díaz Bravo) que sólo tiene validez cuando esté invocada expresamente por la ley *(usus secundum legem)*, pero no cuando ésta calle *(usus extra legem)*. Es cierto que nuestro C. Co., a diferencia de sus dos precedentes, el C. Co. de 1854 (art. 228) y el de 1884 (art. 1º), y a diferencia también de los C. Co. español de 1885 (art. 2º) e italiano de 1882 (art. 1º), que le sirvieron de inspiración en otras materias, no incluye a la costumbre en su art. 2º; e inclusive, parece excluirla cuando establece que a "falta de disposiciones de este Código (i.e., de la legislación mercantil) son aplicables a los actos de comercio *(rectius,* a la materia comercial) las del derecho común"; aunque también es cierto que si bien el C. Co. no invoca como fuente general a la costumbre, sí lo hacen otras leyes comerciales respecto a las materias que regulan: la LTOC, art. 2º fr. III (usos bancarios y *mercantiles")*; la LN, art. 6º inciso *f)* ("los usos marítimos internacionales"); la

[8] Es, dice Augusto Lebrium cit. por KASSIS, n. 26, p. 17, "una regla de derecho que se ha desprendido lenta y espontáneamente de los hechos y de las prácticas que se siguen habitualmente en un medio social determinado y que devienen obligatorias independientemente de toda intervención expresa e inclusive aprobación tácita del legislador".

LMV, art. 70 ("usos bursátiles y *mercantiles*"); la LSI (art. 2º), que invoca a los bursátiles y *mercantiles*, en fin, la Convención de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial, art. 10 bis número 2, ("usos honrados en materia industrial o comercial").

No podemos admitir dicha opinión negativa,[9] por las siguientes razones:

9.2. *Carácter consuetudinario del derecho mercantil.* El origen, la naturaleza y la índole del derecho mercantil muestran de manera inneglable su carácter consuetudinario; como tal nació y se ha desarrollado, y aún hoy, instituciones no reguladas en las leyes (e.g. los contratos de suministro, de consignación, de factoraje *factoring)*, se practican y se aplican con la misma fuerza que si lo estuvieran. Otras, que la ley ya recoge, se regularon y adquirieron vigencia primero por la costumbre, como el arrendamiento financiero, el transporte de contenedores, el *investiment trust*, el factoraje.[10 bis]

Que el C. Co. no haya seguido la tradición de los códigos mexicanos anteriores, o de los códigos hispano e ítalo, no debe interpretarse como un deseo deliberado del legislador de excluir la costumbre como fuente general del derecho mercantil.[10] Si esa hubiera sido su intención, lo hubiera expresado; y resultaría incongruente con tal postura, que leyes posteriores, redactadas con mayor cuidado, como son las tres aludidas antes (LTOC, LN, IMV), sí hayan reconocido a la costumbre, como *fuente general* de las materias que regulan.

9.3. *Usos generales. Invocación legal.* Por otra parte, si no expresamente incluidos como usos generales (costumbre), el legislador mercantil los supone, cuando en la LTOC y en la LMV (igual sucede en la LQ, art. 196 párrafo segundo) se invocan, no sólo los usos bancarios o bursátiles, sino también los usos *mercantiles*, que sólo pueden ser los que con mayor generalidad que los bancarios y bursátiles, y en defecto de éstos, existan y se apliquen a las materias de títulos y operaciones de crédito y de bolsa.

9.4. *Usos particulares, invocación legal.* Ciertamente, el C. Co. indica (e indicaba, respecto a las disposiciones de derecho marítimo que están derogadas) en diversos artículos, casos en que se aplican los usos (arts. 304, 333, 726, 731, 750 y 896),[11] pero la vigencia de éstos no se limita a dichos casos (ni a materias que los prevén legalmente, como las de títulos y operaciones de crédito, las actividades marítimas y bursátiles, la competencia desleal); se extiende a otros campos, como el de las obligaciones mercantiles, los contratos de compraventa, de mediación, de agencia (que, a su vez, no está reglamentado); a sujetos del derecho mercantil (comerciantes) y a figuras como las sociedades mercantiles.

[9] La nuestra, es también la opinión de VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1966, ps. 170 y s. Este autor inclusive admite el valor derogatorio de la costumbre respecto a la ley.

[10] Todos los Pr. C. Co., desde 1929 hasta 1988, dan carácter de fuente supletoria del derecho coemrcial, a los usos mercantiles, y correctamente los consideran preferentes a la legislación civil.

[10 bis] Incluido este último en la LOA a virtud de la reforma de 1990.

[11] Respecto a la LN, también se invocan los usos por los arts. 77, 88, 160, 162, 163, 165, 179, 185, 190, 210, 217 fr. II, 219, 255 inciso J, 269.

9.5. *Algunos usos que se siguen en la práctica comercial.* Como ejemplos, podemos citar algunos casos en que se aplican los usos mercantiles, o sea, la costumbre del comercio, sin que la legislación vigente los invoque:

a) El endoso de facturas comerciales, en el caso de venta de automóviles; *b)* Las llamadas condiciones generales de los contratos, que previstas y reguladas para algunos de éstos (contrato de seguro, art. 7º LC), no lo están para otros, aunque también se practiquen y sean obligatorias; *c)* El impedimento que pesa sobre los funcionarios administrativos de alta jerarquía (Presidente de la República, Gobernadores, Secretarios de Estado) de ser comerciantes, es decir, "de hacer del comercio su ocupación ordinaria" (art. 3º fr. I C. Co.); *d)* El otorgamiento de la representación a través de simples cartas privadas (carta-poder), por parte de socios, para ser representados en asamblea; *e)* El uso del llamado derecho de veto, o sea, que los estatutos incluyan una disposición aumentado el número o el porcentaje de votos que la LGSM fija en materias de quórum y de mayorías para adoptar ciertos acuerdos en las asambleas ordinarias de accionistas y juntas de consejo de las SA.

10. CLASES DE USOS

Pueden clasificarse en función de diversos criterios: *a)* ámbito de vigencia, *b)* contenido, *c)* posición en relación con la ley.

10.1. *Ámbito geográfico: internacionales, nacionales y locales.* Desde el primer punto de vista, se habla de *usos internacionales*, nacionales y locales o regionales. De aquéllos, fuente precipua de la *Lex Mercatoria*,[12] hacen referencia expresa la LN (art. 6º inciso *f)* y 210), y la LRSPB (art. 55); tienen también tal alcance, los "usos y prácticas uniformes sobre el crédito documentario", y los llamados "Incoterms" (Términos Comerciales), a los que ya nos referimos (Supra III.13.I).

Usos nacionales, como su nombre indica, son los que se aplican en todo el país. Los invocados por la LTOC (art. 2º fr. III), y por la LMV (art. 7º), necesariamente son nacionales dado el carácter federal del derecho mercantil. Otro tanto pasa con todos aquellos que sin estar reconocidos expresamente en las leyes mercantiles, resultan aplicables en todo México (los ejemplos aludidos en la lista del número 9.5 Supra), respecto a todas o a una rama o especialidad comercial (vgr. derecho de las sociedades mercantiles, o del transporte).

Usos locales, en cambio, son los que se practican solamente en ciertos centros, plazas o mercados, y no en otros, independientemente de que en todos ellos se realice la misma o parecida actividad comercial. Son "las costumbres del lugar" a que hace referencia el art. 997 C. Civ., o el "uso de la plaza" que indica el art. 304 C. Co. Ejemplos de ellos son los usos en materia de estadías (art. 165 LN), o de alijo o desalijo que se practique en un puerto (Veracruz, por ejemplo), y no, en otros (Tampico o Acapulco); y más limitadamente,

[12] Cfr. KASSIS, ps. 271 y s.

ciertos usos de un mercado (Centro de Abastos de la Ciudad de México) y no en algunos otros, respecto a la entrega y distribución de mercancías a los locatarios", o de éstos a sus clientes. El C. Co. y la LN, al invocar los usos, hacen referencia a los de carácter local.

10.2. *Generales y especiales.* Desde el punto de vista del contenido del uso o costumbre, pueden ser, por una parte, mercantiles o generales, por ser aplicables a todo el comercio; o bien, especiales, por aplicarse a una rama solamente (bancarios, marítimos, bursátiles): en caso de que ambos concurran éstos prevalecerán sobre aquéllos.

10.3. *Normativos y convencionales.* Por su valor y su alcance frente a los destinatarios *(Kassis)*, puede tratarse de usos normativos (costumbre propiamente tal), y convencionales o interpretativos. Aquéllos, fuente propia del derecho, son de aplicación obligatoria, independientemente de la voluntad de los particulares (e.g. los "bancarios y mercantiles de la fr. III del art. 2º LTOC); éstos, son los que se aplican entre las partes de los convenios, y que rigen limitadamente, como criterio de interpretación del contrato o de ciertas cláusulas de él; hace referencia a ellos el art. 1856 C. Civ., aplicable supletoriamente en materia de comercio.

10.4. *Integrativos y derogatorios.* Por último, en cuanto a su posición frente a la ley, se habla de usos integrativos y de usos derogatorios de la norma —*contra legem*—. Aquéllos, suplen las deficiencias y las lagunas de la ley; éstos, la dejarían sin efectos en caso de contradicción entre una y los otros. En nuestro sistema jurídico, en que la ley es la principal fuente de derechos, se excluye —art. 10 C. Civ.— la función derogatoria de los usos (o del desuso; por ejemplo, en casos de principios obsoletos, como sucede respecto a los arts. 80 párrafo segundo C. Co. y 82 párrafo segundo, en su primera parte LTOC), pero no su función integradora o complementaria. En cuanto a la función derogatoria, si bien teórica y técnicamente no puede aducirse la derogación de un precepto obsoleto, por la aplicación de un uso contrario al precepto legal, o a su correcta interpretación jurídica, en la realidad, "la costumbre es una regla de derecho imperativo y de orden público, que suple la ausencia de la ley escrita y que aún contraviene una disposición de esta ley",[13] y se imponen los usos, y las prácticas modernas (por ejemplo, de comunicación, en casos de convocatorias y notificaciones), y de hecho deja de aplicarse la norma vetusta, que puede ser ya anacrónica.

11. Jerarquía de la costumbre

Se discute si se aplica con preferencia a la fuente supletoria, o sea, al derecho civil, o bien, sólo después de acudir a éste y no encontrar solución al caso que se analiza. En nuestro derecho, mientras la LTOC acoge aquella solución,

[13] Villoro Toranzo, p. 171.

puesto que sólo en defecto de los usos bancarios y comerciales se acude al derecho común (art. 2º frs. III y IV); la LN, y la LMV, en cambio, colocan primero al Código Civil para el Distrito Federal y después a los usos (art. 6º inciso *d)* y art. 7º, respectivamente), con independencia de que se trate de usos internacionales (en la LN), o nacionales y especializados (bursátiles y mercantiles)

En nuestra opinión, salvo que la ley disponga la primacía del derecho civil sobre los usos (lo que, extrañamente, provocaría la aplicación de las normas generales del derecho común antes que las especiales de la costumbre), o sea, que la ley trastroque el orden lógico-jurídico, como hacen aquellos dos ordenamientos (LN y LMV), la costumbre debe aplicarse con antelación al derecho civil.

Por otra parte, al derecho civil le corresponde una función meramente complementaria (Infra 14) del derecho mercantil (como también de otras ramas del derecho como el fiscal, el procesal, el laboral, etc.); es decir, que sólo debe aplicarse cuando el ordenamiento mercantil, *en su integridad* (legislación y costumbre mercantil), adolezca de lagunas y deficiencias —*vacuum iuris*—; además, a virtud del principio de la plenitud hermenéutica del sistema jurídico, en el derecho civil debería encontrarse la solución de cualquier problema respecto al que resultaran omisas o insuficientes las reglas o principios de los derechos especiales; por lo cual, no tendría porqué y para qué acudirse a otra fuente supletoria, la costumbre, ya no sólo de la legislación mercantil, sino también de su complemento, o sea, el derecho civil. Y es esta también, por cierto, una razón que puede invocarse para negar, en general, que el derecho comercial supla al civil; por ejemplo, respecto a instituciones o contratos que se han desarrollado más en aquél que en este (vgr. contratos de compraventa, de transporte, de sociedad).

12. La jurisprudencia

De acuerdo con el párrafo quinto del artículo 94 Constitucional (según la modificación publicada en el *D. O.* 25/X/67), "la ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales... así como los requisitos para su interrupción y modificación". Y, en efecto, la Ley Reglamentaria de los artículos 104 y 107 de la Constitución (Ley de Amparo, según reforma publicada en el *D. O.* del 16/I/84), fija las bases para que el pleno de la Suprema Corte y las Salas de dicho Tribunal máximo (art. 192 primer párrafo), así como los tribunales colegiados de circuito (art. 193 primer párrafo), fijen las bases para que la *jurisprudencia* que dicten sea obligatoria, y señalan los órganos jurisdiccionales que resultan obligados a acatarla (que son, los que la dictan y los inferiores a ellos).

Suele invocarse tal jurisprudencia obligatoria, de cualquiera de esos órganos jurisprudenciales, como una fuente de nuestro derecho. Y efectivamente, lo es en cuanto que de la actuación de cualquiera de esas autoridades fede-

rales jurisdiccionales emanan normas jurídicas que son obligatorias para todo el sistema judicial del país —local y federal), para el tribunal que dicta la resolución (ejecutoria) y para los tribunales inferiores a éste: las sentencias que dicte el Pleno, lo son para la Corte misma cuando actúe unitariamente (en Pleno), así como para cada una de sus Salas, para los tribunales unitarios y colegiados de circuito, los juzgados de distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal y para los tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales (art. 192); a su vez las resoluciones que dicten las Salas, resultan obligatorias para ellas y todos los órganos inferiores (no para el Pleno) (art. 193); y las que dicten los Tribunales Colegiados de Circuito, para ellos, los tribunales unitarios y para todos los demás tribunales del país, pero no para el Pleno ni para las Salas de la Corte.

Empero, en cuanto que, en primer lugar, como queda dicho, la jurisprudencia de los distintos tribunales no es total y absolutamente obligatoria; en segundo lugar, que la que dicte cualquiera de los mencionados tres órganos jurisdiccionales "se interrumpe" (se deroga, según García Máynez), dejando de tener carácter obligatorio, o se modifica si se cumplen los requisitos del art. 194 de la misma Ley; y en tercer lugar, en cuanto que cada una de las decisiones que integran la jurisprudencia, no configura una fuente de derecho, ni establece un principio de carácter general, abstracto e impersonal, que son las características de la norma jurídica (de la ley desde el punto de vista material), sino, por el contrario, se trata de disposiciones individualizadas, concretas y determinadas, que sólo se aplicarían a casos semejantes a los que las originaron en los litigios respectivos, no podemos aceptar que estemos en presencia de una fuente de derecho.

Más bien se trata de un *criterio auténtico* de interpretación de la ley,[14] o de la costumbre, al que corresponden las características de la norma legal que se interpreta: generalidad, abstracción, impersonalidad, coactividad, de las que, en cambio, carecería la sentencia judicial, base de la jurisprudencia.

Del art. 194 de la Ley de Amparo, en su Quinto párrafo, se desprende que "la ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia... sobre *interpretación* de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales".

No puede considerarse a la jurisprudencia como fuente del derecho, dice Mantilla Molina, "puesto que el art. 194 de la citada Ley de Amparo faculta a la Suprema Corte y Tribunales Colegiados... para contrariarla... (por lo que) una conducta ajustada a la presente norma jurisprudencial podría llegar a ser declarada antijurídica; y viceversa, podría ser tenida como válida una conducta contraria a la prescrita por la norma jurisprudencial respectiva".[15]

Por lo demás, la fuerza (vigencia), y la función obligatoria de la jurisprudencia, son incuestionables, no sólo en el *common law,* sino en los derechos romanistas. Toda una nueva rama del derecho mercantil, a saber, el derecho al consumo, ha sido creada a través de decisiones judiciales, que han revolucionado los principios tradicionales sobre la responsabilidad contractual y extracontractual.

Se trata, en estos casos, de una función preeminente de la jurisprudencia, a saber adaptar y complementar la ley en relación con situaciones nuevas, económicas y sociales, que se van creando, y para las cuales el derecho escrito aún no ofrece soluciones ni reglas; desde este punto de vista, debe admitirse el valor creativo de normas jurídicas que es propio de la jurisprudencia: comienza a crear normas individuales y concretas que, como pasa con la costumbre, a fuerza de su reiteración se convierten en normas jurídicas propiamente mediante su reconocimiento judicial,[16] e incluso legal.

Entre nosotros, la jurisprudencia de la Corte también ha constituido un factor de gran importancia en el desarrollo, e inclusive en cambios introducidos a las leyes y acuerdos administrativos (cuya constitucionalidad se ha cuestionado en ocasiones), en materias de negociaciones o empresas, de cheques sin fondos, de títulos de crédito en blanco, "de rentas congeladas", de establecimientos, de sociedades irregulares, de restricciones a la inversión extranjera, etc.

13. Los principios generales de derecho [16 bis]

Al igual que la jurisprudencia, los principios generales del derecho no constituyen una fuente formal, sino real o material del derecho; es decir, se trata de elementos y factores que el legislador y la costumbre toman en cuenta para la elaboración o la formación del precepto normativo.

Los principios generales del derecho tienen entre nosotros una especial importancia por su invocación constitucional. El art. 14, en efecto, exige que "en los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley (o de la jurisprudencia inclusive, Supra 12) y a *falta de ésta se fundará en los principios generales de derecho*". Se trata, pues, de una aplicación supletoria de la ley; no sólo del precepto escrito y de su interpretación, sino también del consuetudinario; no solamente de la ley general (e.g. el C. Co.), sino de leyes particulares (vgr. la LGSM o la LTOC); y no únicamente de la legislación especial (por ejemplo, la mercantil), sino también de la legislación común (derecho civil). Entre las distintas leyes, este art. 14 Const. no establece jerarquías, las reconce a todas, y el criterio de su aplicación lo fijan ellas mismas, o nuestro sistema jurídico; sí dice, en cambio, que a falta de ley, debe acudirse a los principios generales.

¿Cuáles son éstos? Los aplicables al derecho en general, tanto al derecho civil o común, como a ramas especiales como es el derecho mercantil; no son, en cambio, las reglas o principios consustanciales o propios de una disciplina, que la caracterice y la distinga de otras; como serían, en cuanto al derecho mercantil, su carácter de derecho de alcance internacional, uniforme, propio de empresas, normalmente oneroso. Se trata, en cambio, de principios que informan al Orde-

[14] Ver en este sentido, Morineau, Óscar, *La norma individual,* sobretiro de la Revista Jurídica Interamericana, vol. V., número 1, 1963, ps. 12 y s.

[15] *Ob. cit.*, 22ª ed., número 58, p. 49. En el número 58 bis, de esta misma obra, el maestro Mantilla Molina critica la opinión que sostuve, en 1957, en mi *Tratado de Derecho Mercantil,* contraria también, pero por razones distintas— que a mi juicio no quedaron destruidas o invalidadas por lo que dice el distinguido maestro—. No es ocasión ahora de volver a ese disenso, dado el nuevo texto del art. 194 de la Ley de Amparo.

[16] V. Kassis, p. 257.

[16 bis] V. Rotondi, Mario, *Equidad y principios generales de Derecho.* Trad. Higi-

namiento jurídico; muchos provenientes del derecho romano y decantados a lo largo del tiempo; los más basados en razones de justicia y de equidad, o sea, inspirados en los valores que son propios del derecho. Algunos de ellos (vgr. *pacta sunt servanda;* el principio de la autonomía de la voluntad; *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet,* inoponibilidad a terceros de derechos que deben registrarse), con desigual amplitud en derecho privado y en derecho público, en derecho nacional e internacional.

14. El derecho común. Relaciones con el derecho mercantil

Es la fuente supletoria del derecho mercantil, según se desprende del art. 2º C. Co. Esta disposición es copia del art. 21 del C. Co. esp. de 1885, que para distinguir el derecho civil nacional de los derechos forales, habla de derecho común, no de derecho civil en un caso y de derechos forales en el otro. Entre nosotros, estas dos expresiones, derecho civil y derecho común, son equivalentes.

Las relaciones entre derecho civil y mercantil son estrechas y son constantes; no debe olvidarse que éste se desprendió de aquél y ambos se conservan como las únicas ramas del derecho privado entre nosotros. Ahora bien, mientras el civil es un derecho general o común, en cuanto es aplicable a todo el mundo, sin distinción de clases (como sí pasa en el laboral y aun en el mercantil), de criterios patrimoniales (como el derecho fiscal y el agrario), de relaciones o vinculaciones con el Estado (como el derecho constitucional y el administrativo); y de ahí que sus principios o reglas generales se apliquen a estas otras disciplinas, si bien, sólo cuando en ellas existan lagunas que se colmen con dichos principios civiles (a este fenómeno se le denomina la *supletoriedad del derecho civil);* en cambio, el derecho mercantil es un derecho especial (no excepcional, porque sus disposiciones son de alcance y de carácter general, lo que no sucede con las normas de excepción), que tiene primacía para regular los actos y hechos que también se califican de mercantiles por su ordenamiento especial.

Pese a dicha distinción y a la separación de estas dos disciplinas jus-privatistas, sus relaciones son estrechas y su influencia es recíproca, muy grande y constante. El civil, no sólo ha provisto al mecantil de los principales esquemas contractuales (contratos traslativos de dominio, de garantía, de prestación de servicios, etc.), sino de los principios tradicionales, provenientes también como aquellos esquemas, del derecho romano, como sucede en general, con la teoría general de las obligaciones, sino que también ha dado al derecho comercial su técnica propia, su terminología, sus métodos y principios, y el cauce de interpretación procesal por el que las instituciones, los derechos, las obligaciones mercantiles hallan su ejecución y cumplimiento.[17]

A su vez, el mercantil, que de los derechos especiales es el que ha contribuido más a la evolución y a nuevas manifestaciones de contenido patrimonial del derecho civil (bienes, obligaciones, contratos), por su enorme evolución y progreso

[17] Thaller, *De l'atraction exercée par le Code Civil et par ses méthodes sur le Droit Commercial,* cit., en mi Tratado, núm. 7, p. 13; Kozolschky, Boris, *La "comercialización" del derecho civil y la "civilización" del derecho comercial,* ps. 425 y s.

técnico,[18] que refleja y regula las cambiantes y expansivas necesidades económicas, ha llevado a que este último, el derecho común, adopte nuevos esquemas (vgr. en materia de derecho de autor y en cuanto al artesanado) y nuevos principios en materia de obligaciones y de convenios (ausencia de formalidad, onerosidad, contratación entre ausentes, intereses moratorios, etc.); y al propio tiempo, ha sustraído del civil muchas modernas instituciones jurídicas: derecho cambiario, derecho al consumo, derecho de la empresa y la propiedad industrial, y como tendencia, al derecho concursal y al derecho al abasto.

14.1. *Derecho Común: el Código Civil del Distrito Federal.* En México, mientras que el derecho civil es local, en cuanto que por no estar concedido expresamente a la Federación por la Constitución, se entiende reservado a los Estados (art. 124 Const.); el derecho mercantil es federal, según se desprende del art. 73 fr. X ibid: "El Congreso (de la Unión) tiene facultades, fr. X, "para legislar en toda la República sobre... comercio." De esto se desprende que a falta de disposiciones del derecho mercantil —ley y costumbre— o sea, a falta de disposiciones de esta rama del derecho, que es federal, se acudirá al derecho civil, que es local; es decir, al Código Civil del Estado o del D. F. que resulte ser el aplicable al caso concreto.

Esta tesis, tan clara e irrebatible desde el punto de vista lógico-jurídico, se distorsiona en la realidad, para afirmar que el derecho civil aplicable en casos de lagunas del mercantil sólo es el consagrado en el C. Civ. del D. F. Así lo indican los arts. 2º fr. IV LTOC, 4º fr. IV LVGC, 6º inciso *d)* LN; 7º LMV; y así se ha interpretado el art. 1º C. Civ., D. F., según el cual "las disposiciones de este Código regirán en el Distrito Federal en asuntos del orden común, y en toda la República en asuntos del orden federal". Y puesto que, se dice, las del derecho mercantil son disposiciones de orden federal, a ellas se aplican las del C. Civ. D. F.

El argumento es especioso y falaz. Esta última norma, el art. 1º C. Civ., no se refiere a disposiciones ajenas al derecho civil; es decir, a disposiciones *no civiles,* como son las mercantiles, las labores, fiscales, etc.; se refiere, sólo, a disposiciones civiles ("las disposiciones de este Código...") de las cuales algunas, la inmensa mayoría, no son de aplicación federal sino local (normas civiles); y otras (pocas) sí son de alcance federal, a pesar de que están comprendidas en un Código Civil local.

En efecto, hay preceptos civiles (de derecho civil) locales, y federales. ¿Por qué éstos últimos? Por dos razones, primera, porque por disposiciones constitucionales ciertas materias civiles son federales; vgr. los artículos 13 a 15 C. Civ. D. F., respecto a la condición jurídica de los extranjeros (a que se refiere la fr. XVI art. 73 Const.); el art. 5º, en relación con la irretroactividad de las leyes (a que alude el art. 14 Const.), y el 933 y siguientes del C. Civ. D. F., sobre el régimen jurídico de las aguas (por aplicación del art. 27 Const.); la se-

[18] Cfr., últimamente, el magnífico estudio de Girón Tena, *Tendencias generales en el derecho emrcantil actual (ensayo interdisciplinario).* Discurso leído en su recepción como académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1985, p. 14; dice este autor que el derecho mercantil es el especial por antonomasia (p. 23).

gunda razón estriba en que el C. Civ. D. F., cuya vigencia es cuarenta y dos años posterior a la del C. Co., contiene nuevas disposiciones que materialmente son mercantiles, no civiles; es decir, que no son de alcance y contenido general, sino especial, aplicables sólo a actividades comerciales. Así sucede, en materia de obligaciones, con los artículos 1924, y 1873 a 1881 (estos últimos preceptos, en realidad, no se aplican porque la materia de los títulos de crédito a que ellos se refieren es propia y exclusiva de la LTOC, que es mercantil); en materia de contratos, con los arts. 2267, 2268, 2518, 2656, 2658, y otros más.

A pesar de lo irrefutable del argumento, razones de inercia y de conveniencia práctica han hecho prevalecer la otra tesis, o sea, que el derecho civil supletorio es el contenido en el C. Civ. D. F., y no el C. Civ. local, del lugar en que el acto respectivo se celebre, o se ejecute, sin que a este respecto exista aún un criterio firme (jurisprudencia) de la Suprema Corte. El C. Civ. D. F. es el más conocido en la República, y además, el que ha sido copiado —en mayor o menor grado— por la totalidad de los Códigos civiles de los Estados—. Esta realidad hace que problemas jurídicos que dicha interpretación errónea pueda plantear, resulten intrascendentes o de importancia secundaria, dado que las soluciones serían las mismas, casi siempre, de aplicarse el Código del D. F., o el local que corresponda.[18 bis]

15. El derecho procesal mercantil

El derecho mercantil está constituido por normas sustantivas y adjetivas o procesales; el derecho procesal mercantil complementa, pues, la materia mercantil considerada en su conjunto; de ahí que también sea federal el sistema procesal mercantil, y que tanto los Códigos de Comercio que con carácter de ordenamientos federales nos han regido (C. Co. de 1884 y C. Co. vigente de 1890), como diversas leyes mercantiles a partir del Decreto de Juntas de Fomento y Tribunales Mercantiles de1841(SupraII.8),hasta muchas que están en vigor (LQ, LTOC, LPC), contengan disposiciones y materias de contenido procesal.

El C. Co. de 1890 dedica el último de sus cinco libros a "los juicios mercantiles", y de los 1500 artículos que componen dicho Ordenamiento, 441 —casi una tercera parte— regulan dicha materia.[19] Esta, como el derecho mercantil sustantivo, está pues desperdigada en diferentes leyes; pero, a diferencia de tal derecho sustantivo, que al dictarse derogó materias obsoletas del C. Co., la parte medular del derecho procesal mercantil, que fue modificada por decreto publicado en el *D. O.* del 4/I/89, es la comprendida en dicho C. Co.

Este decreto de modificaciones introduce cambios sustanciales en materia del procedimiento comercial y, sobre todo, la adiciona con una reglamentación muy completa y detallada del procedimiento arbitral (arts. 1415 a 1437), lo que constituye una adición digna de elogios.

Sin entrar en mayor detalle respecto al análisis de la materia procesal-mercantil de la mencionada reforma, lo que rebasaría el contenido y el propósito

[18 bis] Contrario al texto, v. últimamente, Díaz Bravo, *Respuesta a una reseña*, en Est. JBG, I, 408.

de este libro, sí queremos, solamente, precisar algunos puntos de interés, sobre el Decreto del 4 de enero:

a) Respecto a los actos mixtos (art. 1050), el cambio es fundamental, para disponer que "la controversia que de ellos derive se regirá conforme a las leyes mercantiles", que es solución mejor que la anterior y que está reconocida en varios derechos correspondientes a nuestro sistema.[19 bis]

b) Reglamentación más minuciosa del procedimiento convencional; sin embargo, resulta criticable que se mantengan en un Ordenamiento procesal los procedimientos convencionales, que en la actualidad se excluyen por las legislaciones adjetivas de todos los países, que constituyen un resabio de un liberalismo más que superado en dicha materia; por lo demás, la rareza de dichos procedimientos convencionales no justifica su mantenimiento en el C. Co.

c) Sin que el Decreto de reforma exprese claramente que las múltiples disposiciones que se reforman, derogan y sustituyan a las anteriores, esa es la situación que, por lo demás, se dice tácitamente, y ello constituye una aplicación del principio del artículo 9º *in fine* C. Civ.

d) Es bueno, primero, que se haya aclarado el procedimiento respecto a la procedencia de realizar diligencias procesales en países extranjeros (arts. 1073, 1074); en segundo lugar, que se haya excluido la improrrogabilidad de los términos judiciales; tercero, que se haya aumentado el plazo legal para contestar la demanda, de tres a cinco días, aunque, este último plazo resulte aún muy breve.

e) Es también digno de alabanza que se impongan multas a las autoridades por no cumplir oportunamente las obligaciones que la ley les impone; sin embargo, en algunos casos (arts. 1066 y 1340) no nos parece muy clara la fórmula para fijar su cuantía, ya que si bien se hace referencia al "salario mínimo general vigente", no indica, si para dicha fijación, es el salario diario, el semanal o el mensual. Creo que la interpretación correcta es que se trata del salario diario.

f) Finalmente, resulta altamente conveniente la adopción y la moderna reglamentación del procedimiento arbitral, en que intervinieron expertos como José Luis Siqueiros y Humberto Briceño. Respecto a esta materia, y al contenido del art. 1415, me parece del todo injustificado que se requiera que las dos partes del procedimiento sean comerciantes.

[19 bis] La reforma aludida, si bien mejoró la situación previa, al dejar de aplicarse la vieja regla *actor sequitur forum rei*, dejó sin resolver la naturaleza *in limine* del acto mismo, ya que persiste la idea de un litigio para resolver el problema (V. Infra V.3).

CAPÍTULO V

LOS ACTOS DE COMERCIO. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN

BIBLIOGRAFÍA: ARCANGELI, Ageo, *Los actos de comercio y la noción jurídica de comercio,* trad. esp. de Roberto L. MANTILLA MOLINA, México, 1942; BARRERA GRAF, Jorge, *Tratado de Derecho Mercantil,* y del mismo autor *El contenido del Derecho Mercantil,* en *Estudios de Derecho Mercantil,* Porrúa, S. A., México, 1958; GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil,* 7ª ed., revisada con la colaboración de Alberto BERCOVITZ, Reimpresión, t. I, Porrúa, S. A., México, 1979; MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho Mercantil,* 25ª ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1987; y *Sobre la definición de actos de comercio* en Rev. Esc. Nal. de Jurisp. Tomo V., ps. 71-96; QUIROZ, Daniel, *La cosa mercantil y el acto de comercio,* en Rev. Gral. Der. y Jurispr. Tomo I, 1937; ROCCO, Alfredo, *Principios de Derecho Mercantil,* Parte general, trad. esp. Rev. de Der. Priv., Madrid, 1931; ROTONDI, Mario, *La analogía de la ley comercial en relación con los puntos subsidiarios del derecho mercantil,* en libro de homenaje a la memoria de Roberto GOLDSCHMIDT, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, s/f, pero 1967; TENA, Felipe de J., *Derecho Mercantil Mexicano (con exclusión del marítimo)* tomo I, 2ª ed., Librería de Porrúa, Hnos. y Cía., México, 1938; VIVANTE, César, *Tratado de Derecho Mercantil,* trad. esp. de la 5ª edición italiana, tomo I, Madrid, 1932.

1. IMPOSIBILIDAD DE DAR UN CONCEPTO ÚNICO Y PROPIO

Ha sido tarea estéril la de los mercantilistas, extranjeros y nacionales, de dar una noción del acto de comercio que comprenda a todos los que el sistema legislativo enumera, y ofrecer una definición general aplicable a todos ellos. La razón es que en la larga serie de los que nuestro derecho mercantil califica como actos de comercio, se comprende una gran variedad de ellos cuya naturaleza deriva de distintas y disímbolas razones; unos se califican de mercantiles en razón de la intervención (intermediación) de los sujetos que los ejecutan (los comerciantes, los empresarios), como en el caso del contrato de transportes (arts. 75 fr. VIII y 576 fr. II C. Co.); otros, en función de la intención especulativa de quien los realiza (los del art. 75 fr. I y II C. Co.), o por tratarse de actos de empresa (art. 75 frs. V a XI C. Co.), y ser ésta una institución lucrativa;[1] algunos, puramente por recaer en bienes que el propio Ordenamiento califica como cosas mercantiles (los títulos de crédito, arts. 75 frs. III, IV, XI, X y XX, 1º LTOC y el contrato de depósito, art. 332, en su primera parte, C. Co.), otros más, por la forma *(rectius,* el tipo) que adoptan (las sociedades mercantiles, art. 1º LGSM), otros, en fin, por estar en conexión con actos principales cuando éstos sean comerciales (por ejemplo, arts. 332 en

[1] Salvo cuando se trate de empresas cooperativas. V. Infra XXXIX.

la segunda parte, para el contrato de depósito, y 358 en la primera parte, respecto al contrato de préstamo, del C. Co.).

Lo más que puede lograrse y que se debe hacer, para obtener métodos y guías de examen y valoración de los múltiples actos de comercio, es clasificarlos en grupos, y acudir para ello, como criterios de clasificación, en primer lugar (actos principales), a los elementos propios del acto o negocio jurídico en general: consentimiento y capacidad del sujeto, objeto del acto, su fin o causa, y la forma de manifestarse la voluntad de las partes; y en segundo lugar, a predicar la mercantilidad de otros actos por su conexión o por ser accesorios de otro y otros principales.

2. Variedad y extensión de los actos de comercio

Como queda dicho (Supra I.1), ni el derecho mercantil se agota en la consideración de los actos de comercio que las leyes mercantiles enuncian, puesto que al lado de los actos e independientemente de su ejecución, debemos considerar a la empresa, a los comerciantes, a las cosas mercantiles, así como a hechos como el transcurso del tiempo (casos de caducidad y de prescripción en materia mercantil), o el acaecer de fenómenos naturales como terremotos, inundaciones (siniestros que constituyen el objeto de contratos de seguros de daños), que producen efectos en nuestro derecho; ni tampoco los actos de comercio enumerados en las distintas leyes (principalmente, el art. 75 C. Co.), son los únicos a los que debe atribuirse tal carácter.

2.1. *Actos en masa o actividad del comerciante.* Efectivamente, al lado de los actos individuales y aislados, con mayor y mejor razón para ser considerados como parte del derecho mercantil se debe contar con la actividad del comerciante, art. 3º fr. I C. Co.; o sea, la reiteración de actos de comercio [2] los llamados *actos en masa* (Infra VI.8), que, por lo general, son de carácter lucrativo y se ejecutan en torno a la empresa. Lo que cuenta y trasciende en ésta es la actividad de su titular, o sea, el empresario, desde el momento que concibe y organiza la negociación y la pone a funcionar, hasta que ella se extingue. Tan importante es esta nota de la actividad del empresario, que lleva a confundir la negociación misma, que sólo es producto y efecto del quehacer del empresario (generalmente, una sociedad, y con mayor frecuencia, una S. A.), con éste mismo, o sea, con quien la concibe, la organiza, la dirige y la explota.

2.2. *Actos de comercio fortuitos.* Además, al lado de los catálogos legales de esos actos de comercio, que son siempre actos voluntarios y lícitos, otros de carácter no voluntario, o no destinados a producir efectos del derecho, actos fortuitos o casuales, así como actos ilícitos relacionados con la actividad co-

[2] *Una mercantia non facit mercatorum sed professio et exercitium* (Baldo); igualmente, Hevia Bolaños (cit., por Girón Tena, *El concepto*, ps. 723 y s.): "Diferencia del mercader y el negociador en que el mercader no se entiende serlo por un solo acto o vez que lo ejerza...".

mercial *(Rocco)*, o que sean imputables o consecuencia de ellos, pueden constituir también elementos de una actividad comercial, o materia del comercio (e.g., los riesgos, en materia de seguros o la conducta ilícita del comerciante que quiebra (Infra 7).

2.3. *Actos de comercio y responsabilidad extracontractual.* De igual manera, la responsabilidad objetiva, es decir, aquella en que se incurre sin la presencia de culpa o de negligencia del autor, que el C. Civ., reconoce (arts. 1913 y 1932), se calificará de mercantil cuando la actividad provenga de un comerciante o sea consecuencia de una actividad comercial, como sucede en los casos de riesgo de la empresa (e.g. art. 590 fr. VIII respecto al contrato de transporte), o la llamada responsabilidad del producto, a que se refiere el art. 34 de la Ley de Protección al Consumidor, o en el caso de las frs. I y VI del citado art. 1932 C. Civ., que claramente se refieren a circunstancias conectadas con la actividad industrial.

3. Los actos mixtos. Concepto y regulación

La gran mayoría de los actos de comercio son sinalagmáticos, y más concretamente, contratos. Es frecuente que de las dos partes que intervienen en ellos, una realice un acto de comercio, en cuanto su intención sea especulativa (vgr. comprar con la intención de revender posteriormente el bien que se adquiere, o venta por una empresa de un artículo que elabore), y la otra efectúe un acto civil, no mercantil (e.g. la adquisición de un automóvil para uso personal, o el arrendamiento de un inmueble que se destine a habitación del adquirente). Esos son los *actos mixtos*, que de acuerdo con el nuevo texto del art. 1050 C. Co., según la reforma del 4/I/89, siempre estarán regulados por el derecho mercantil. Anteriormente, o sea, según la redacción original de dicho artículo, su regulación dependía de la posición que tuviera la parte demandada en un litigio que se ocasionara en relación con dicho acto, de naturaleza mercantil para alguna de las partes, y de naturaleza civil para la otra parte.

Ahora bien, tanto la solución anterior, que, por cierto, se basaba en un principio tradicional, *actor sequitur forum rei*, como la actual, resultan muy criticables, en cuanto que no predican ni establecen la naturaleza civil o mercantil del acto mismo, ello se deja en el limbo, y sólo se precisa con ocasión y al momento en que surge un litigio, acontecimiento eventual, excepcional e indeseable. En buena hora, pues, el cambio, que determina que el procedimiento sea mercantil; lástima que la nueva disposición tampoco fije la naturaleza intrínseca mercantil (o civil) del acto visto.

4. Actos onerosos y gratuitos

Si bien la onerosidad y el lucro son elementos propios del derecho mercantil, que en ocasiones sirven para distinguir los contratos comerciales de los civiles (vgr. respecto a sociedades, art. 2688 C. Civ., y también en algunos contratos de compraventa, civiles en que ninguna de las dos partes actúe con ánimo de

lucro), los actos y contratos gratuitos también pueden quedar comprendidos dentro del derecho mercantil. Sería el caso de la empresa cooperativa, del comodato o de la donación cuando quien los realizara fuera una empresa y dichas operaciones se hicieran en relación y con motivo de la finalidad de ésta (que sí sería especulativa y onerosa); vgr. los regalos de las empresas hechos como propaganda (muestras médicas por ejemplo), o el contrato de comodato que celebre una negociación con personal a su servicio. Y también los casos de donaciones de cosas mercantiles (buques o títulos de crédito), o de la misma negociación marítima, a que se refiere el art. 129 LN.

4.1. *Onerosidad y lucro.* Por otra parte, debe distinguirse el carácter oneroso de un acto, de un contrato o de una relación jurídica (vgr. una sociedad), de su carácter lucrativo. La onerosidad implica reciprocidad de provechos entre las partes, es decir, es un efecto de carácter bilateral (en los contratos de cambio) o plurilateral (en las sociedades); es lo contrario de la *gratuidad* en que el provecho no existe o sólo se otorga a una de las partes (art. 1837 C. Civ.); el carácter lucrativo, en cambio, se refiere al fin del negocio o de la relación, que implica una *intención* (como establecen las frs. I y II del art. 75) de obtener ganancias, por alguna de las partes (en los contratos bilaterales o por todas ellas (en las sociedades). La fr. III del art. 78 LIS, al hablar de las sociedades mutualistas, precisa que ellas no son lucrativas, pero sí son onerosas, porque cobran a los socios "lo indispensable para cubrir gastos generales y sobre todo, para constituir "las reservas para cumplir sus compromisos para con los socios y los asegurados.

La distinción es importante, porque hay situaciones o relaciones jurídicas que son onerosas, en el sentido del art. 1837 C. Civ. ("se estipulen provechos y gravámenes recíprocos"), pero no son lucrativas, en cuanto que no constituyen ni buscan una especulación comercial; es decir, no persiguen el provecho o utilidad como finalidad propia o principal ni como actividad ordinaria. Es el caso de las sociedades cooperativas y mutualistas que no deben perseguir fines de lucro (arts. 1º, fr. VI LGSC y 78 fr. III LIS); así como de cualquier otro tipo de sociedad mercantil que adquiera tal calidad por el solo hecho de constituirse o "tomar la forma" *(rectius*, el tipo) de una sociedad mercantil (art. 2695 C. Civ.).[3]

5. Hechos y cosas mercantiles

Los hechos jurídicos en sentido estricto o sea, los acontecimientos naturales que se producen sin la actuación voluntaria y consciente del hombre, como los siniestros (en materia de seguros), la explosión de máquinas, la emanación de humos o de gases (para los efectos de una responsabilidad civil extracontractual, —art. 1932 frs .I y II C. Civ.)—, o bien el transcurso del tiempo (para efectos de prescripción, caducidad, usucapión), si producen efectos en torno o con ocasión de una actividad comercial también son objeto del derecho mercantil

[3] Sobre el tema Infra XVI.2.1 en relación con la distinción entre sociedades civiles y mercantiles, Infra XXXIX en relación con la Soc. Coop. e Infra XL en relación con la sociedad mutualista.

y están regidos por normas del derecho comercial (vgr. la prescripción y los plazos mercantiles; arts. 1038 y s. y 1075 y s. C. Co.).

6. Actos accesorios y conexos

La categoría de los actos de comercio accesorios y conexos, en contraposición con los actos principales, es aquella cuyo carácter mercantil depende de la vinculación de un acto a otro u otros principales de naturaleza comercial. Dicha vinculación puede existir como accesoria de un negocio mercantil (p. ej., una prenda pactada en una compraventa mercantil), o bien, como conexa a la actividad propia de los comerciantes (individuales y colectivos) y de las empresas.

Aquéllos, son los *actos de comercio accesorios* (vgr. las "operaciones de comisión mercantil"; las de "mediación en negocios mercantiles" los "depósitos por causa de comercio", art. 75 frs. XII, XIII y XVII C. Co.); los segundos, son *actos de comercio conexos* o relacionados con la actividad del comerciante, o de su negociación o empresa (art. 75 frs. XXI y XXII, y V a XI), por ejemplo, los contratos de reaseguro y coaseguro (art. 11 LIS), o de reafianzamiento y coafianzamiento (arts. 10 y 32 LIF). Los primeros, pueden ser ajenos al hecho de ser comerciante el o los sujetos que celebraron el acto de comercio principal; los segundos, en cambio, suponen el actuar de un comerciante o empresario[4] y plantean la presunción de ser mercantiles, salvo que se pruebe que el acto o actos relativos son ajenos a la finalidad del sujeto y, en general, al ejercicio del comercio por el comerciante, o que se trata de actos o negocios "de naturaleza esencialmente civil" (art. 75 fr. XXI *in fine* C. Co.), como serían la medianería, la aparcería, la renta vitalicia.

Para los efectos de esta clasificación, identificamos a los actos accesorios y a los actos conexos; sin embargo, se pueden distinguir, en cuanto que la conexión se da en relación con la actividad comercial (de las empresas, art. 75 frs. XX y XXI C. Co.), y no con un negocio (principal), específico, y porque no supone, como la accesoriedad, una dependencia de tal naturaleza que la nulidad, la invalidez, la extinción de la relación principal acarree la de la relación accesoria (lo accesorio sigue la suerte de lo principal), como sucedería en el caso del contrato de fianza, que "no puede existir sin una obligación válida, y de la prenda, en la que, extinguida la obligación principal... queda extinguido el derecho de prenda" (art. 2891 C. Civ.).

7. Actos de comercio lícitos e ilícitos

No sólo los actos lícitos son materia del derecho mercantil, también los actos ilícitos celebrados con ocasión de una actividad comercial, o la ejecución de otros actos mercantiles. Son múltiples los supuestos de ilicitud mercantil, o sea de actos que sean contrarios "a las leyes de orden público o a las buenas costumbres"

[4] Dentro de esta categoría están los negocios conectados con las sociedades mercantiles, como la fusión, la escisión, la disolución y liquidación de ellas. En cambio, cuando dichas operaciones se refieran a una sociedad civil, tal carácter (civil) tendrán aquéllas.

(art. 1830 C. Civ.). La nota de ilicitud no afecta al carácter comercial o civil del acto, sólo provoca la aplicación de las sanciones que se establezcan en el ordenamiento legal respectivo; unas veces meramente civiles (daños y perjuicios, intereses moratorios), otros de carácter mercantil (nulidad en el caso de sociedades, art. 3º LGSM), o bien, de naturaleza administrativa (multas, destitución de cargos públicos), y algunos, finalmente, que son constitutivos de delitos genéricos o específicos en materia mercantil.

Casos de ilicitud de esta naturaleza que las leyes sancionan son, entre otros muchos, la ejecución por un corredor de los actos que el art. 69 C. Co. les prohíbe (arts. 70 y 71); la responsabilidad civil en que incurren los administradores y comisarios de las SA, en los casos que indican los arts. 158 a 162 y 169 y 171 LGSM; el libramiento de cheques sin fondos (art. 193 LTOC); los actos de competencia contrarios a la ley, LCE art. 7º o a las buenas costumbres (arts. 1910 C. Civ. y 10 bis de la Convención de París para la Protección de la Propiedad Industrial); la constitución de sociedades con finalidad ilícita, así como la ejecución habitual por ellas de actos ilícitos (art. 3º LGSM); las infracciones a las prohibiciones de la Ley de Monopolios (arts. 19, 21 a 24); el delito de simulación fraudulenta tipificado en el art. 31 LIE respecto a prestanombres de inversionistas extranjeros; la ejecución de actos contrarios a las exigencias de una buena administración mercantil que hayan producido, facilitado o agravado el estado de cesación de pagos (supuestos legales de la quiebra culpable, art. 93 LQ); o aquellos constitutivos de la quiebra fraudulenta a que se refieren los arts. 96 a 98 LQ, etc.

Los actos de competencia desleal, que el sistema mercantil prohíbe, por ser contrarios a la ley o las buenas costumbres del comercio (art. 10 bis de la Convención de París para la Protección de la Propiedad Industrial, forman parte del derecho mercantil, como las sociedades con fin ilícito o que ejecuten habitualmente actos ilícitos (art. 3º LGSM), y las obligaciones comerciales que nacen de actos ilícitos, a que se refiere el C. Civ. (art. 1910).

8. Clasificación de los actos de comercio principales: actos en masa y actos ocasionales o aislados

Una primera clasificación de estos actos de comercio es en actos en serie o en masa, más propiamente, actividad comercial (del empresario), y actos aislados o individuales. Aquéllos, son los actos conectados con la organización y explotación de las empresas, que se suceden iguales, en continuidad, y que constituyen la conducta, el quehacer dentro de la negociación o empresa de su titular (empresario) y de su personal; los segundos, son esporádicos, y adquieren naturaleza mercantil por alguna nota que les sea propia y que los distingue de los actos civiles: el ser especulativos, el que tengan como objeto una cosa de comercio, el que asuman una forma o un tipo que se reserve a la materia de comercio.

8.1. *Actos de empresa; importancia.* Es cierto que el derecho mercantil de nuestros días tiende a convertirse en un derecho de empresas, y en consecuencia, a desembarazarse de los actos ocasionales y aislados; así sucede en nuestro derecho.

En efecto, de las veintidos fracciones del art. 75 C. Co., trece de ellas, msá de la mitad, se refieren a la empresa, en forma directa o indirecta (frs. V a XI, XIV, XV, XVI, XVIII, XX *in fine* y XXII), y en algunas de ellas se comprenden diversas clases de negociaciones (vgr. frs. V, VI, VII, IX, X); en otros casos, actos de comercio no incluidos en el C. Co., como otra forma de actividad mercantil que se desarrolla exclusiva o casi exclusivamente por empresas (e.g. actividades cooperativas, mineras y petroleras); además, ciertas operaciones relacionadas con títulos de crédito también son siempre actos de empresa, como sucede con la emisión de obligaciones, de certificados de participación, de conocimientos de embarque; o con la transferencia masiva —bursátil— de acciones, y con nuevas formas de transacciones bancarias y crediticias, como son las transferencias de fondos por medios electrónicos.

8.2. *Actos de comercio aislados.* Ahora bien, si todo esto es palmario y evidente, también es cierto que aún hay multitud de actos en que no interviene la empresa, ni la actividad de un comerciante o de un empresario, y que tradicionalmente se califican de mercantiles (compras de consumo, emisión, endoso, aval de títulos cambiarios art. 75 frs. XVIII y XIX, prestación de servicios, vgr. fr. IXI, o que son accesorios de negocios comerciales los casos, por ejemplo, de las frs. XII y XIII, art. 75 C. Co.), y que resulta atinado y conveniente mantenerlos dentro de la órbita del derecho mercantil, máxime que de abandonarse al derecho civil serían regidos por tantos ordenamientos locales cuantas entidades federativas existen.

9. Otra clasificación. Actos de comercio principales

En nuestro Tratado (números 66 y 67), clasificamos los actos de comercio principales en función de los elementos del negocio jurídico: sujeto (consentimiento y capacidad), objeto (cosa que sea materia de la obligación), causa (finalidad del acto o de la actividad) y forma (o bien, tipo o esquema elegido). Así pues, desde este punto de vista, son cuatro los grupos o categorías de actos de comercio: Primero, por el sujeto o sujetos que intervienen en su celebración (comerciantes profesionales o accidentales; empresarios); Segundo, por su objeto, es decir, porque el bien sobre el que recaiga el acto o el negocio, sea una cosa mercantil (los buques o los títulosvalor); Tercero, porque su finalidad sea comercial (e.g., intención lucrativa, organización y explotación de una empresa); Cuarto, porque se asuma la forma o el tipo de un acto o de un negocio comercial (sociedades mercantiles).

Al lado de estos cuatro grupos, de actos de comercio principales, o sea, en función de algunos de los elementos jurídicos del acto o negocio relativo, debe considerarse la otra categoría, de actos de comercio por conexión (con otro principal) o por accesión (accesorios) a actos principales, tales serían los casos de asamblea y acuerdos de sociedades mercantiles (Supra número 6 e Infra V.9.4.), los actos (la actividad) de la empresa, vgr., el derecho al consumo, así como de los contratos accesorios como la prenda y la fianza.

9.1. *Actos de comercio por el sujeto.* El comerciante o el empresario que realiza el acto o que interviene en el contrato, puede ser determinante para calificar ciertos actos de comercio; así: *a)* Las operaciones de bancos (art. 75 fr. XIV), salvo que se trate de actos (realizados por bancos) que sean esencialmente civiles (fr. XXI), administrativos, laborales, etc.; *b)* Las obligaciones entre comerciantes (frs. XX y XXI, con la misma salvedad anterior); *c)* Los depósitos en almacenes generales (fr. XVII) Infra 9.3).

En relación con las *operaciones de los bancos,* la mercantilidad de los actos u operaciones bancarias se desprende de que quien las realice sea un comerciante (colectivo). Antes de la nacionalización de la banca este carácter de los bancos no era dudoso, puesto que estaban constituidos como SA, y por ende, quedaban comprendidos dentro de la fr. II del art. 3º LGSM: "las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles", dada la naturaleza mercantil indudable de la LGSM que las regula; actualmente después de la reprivatización subsiste el mismo criterio, se trata de SA, ya no de SN de C, que quedan reguladas por una nueva ley especial, la nueva LIC, una ley mercantil, no sólo por regular una materia que es comercial, tanto en un sentido económico, porque existe una actividad de interposición o intermediación en el crédito *(Rocco),* como en el sentido jurídico, por tratarse de actividades especulativas que siempre han formado parte del derecho mercantil.

9.1.1. *Enajenación por el agricultor de los productos de su finca.* Excluimos, en cambio, de esta categoría de actos de comercio por el sujeto, los que indica la fr. XXIII del art. 75; o sea, la enajenación que el propietario o el cultivador (que no son sujetos del derecho mercantil) hagan de los productos de su finca o de su cultivo. La exclusión, pese a lo terminante de la norma, se impone y justifica (por lo que no dudamos en afirmar el carácter civil de esas operaciones): en primer lugar, porque la aludida fracción XXIII contradice el texto y el espíritu de otra disposición del C. Co., como es el art. 4º, de cuya interpretación literal y sistemática se desprende que esos actos de enajenación del agricultor *sólo* son mercantiles cuando "el propietario o el cultivador", o sea, "los labradores", establezcan almacén o tienda y en ella vendan dichos productos de su finca o de su cultivo; en segundo lugar, porque dicha actividad es ajena al concepto legal de comercio y, en cambio, es y siempre ha sido propia del derecho civil y del derecho agrario; en tercer lugar, porque es contraria a nuestros antecedentes legislativos mercantiles (Códigos de Comercio de 1854, art. 218 y de 1884, art. 14), así como de derechos extranjeros (Código de Comercio italiano de 1882), que sirvieron de modelo a nuestro art. 75. Una traducción incorrecta del art. 5º de este último ordenamiento, que establece precisamente lo contrario de nuestra fr. XXII. *"Non sono atti di commercio la compra di derrate... né* (ni tampoco, en español) *la vendita che il propietario o el coltivatore fa dei prodotti del fondo suo o da lui coltivato",* no constituye un argumento válido para atribuir naturaleza mercantil a la venta directa, por el agricultor, de su cosecha, o de productos de animales domésticos, que él cuide y que venda en estado natural.

9.2. *Actos de comercio por el objeto.* Son los siguientes: *a)* Los que recaigan o se consignen en un títulovalor o título de crédito (art. 75 frs. III, IV, XVIII parte segunda, XIX y XX parte primera, C. Co.), y *b)* Los que se relacionan con la explotación de buques (art. 75 fr. XV C. Co. y art. 107 del Título I. "De las cosas", del Libro Tercero de la LN y CN).

Los relacionados con títulos de crédito, cosas mercantiles según dispone el art. 1º LTOC, atribuyen naturaleza comercial, tanto a las operaciones consignadas en ellos "emisión, expedición, aval o aceptación y demás operaciones que en ellos se consignen", como a "los actos o contratos cuyo objeto esté constituido por ellos" (vgr. depósito de acciones; prenda de títulos de crédito). En cuanto a la "explotación de buques", su carácter comercial deriva del destino propio y normal del navío, y de una tradición milenaria, ininterrumpida, de considerar al buque como instrumento y vehículo del tráfico marítimo, por lo que se ha considerado como cosa mercantil, independientemente de que se trate de la navegación comercial o de una actividad de placer, deportiva, científica, pesquera.

9.3. *Actos de comercio por su finalidad.* Dentro del tercer grupo, es decir, actos de comercio por el fin o causa (especulación y organización de una empresa), que es la categoría más amplia y la más propia y característica del derecho mercantil, se comprenden, *a)* los relacionados con el tráfico y la intermediación especulativa comercial *stricto sensu* (arts. 75 frs. I y II C. Co.), y *b)* los relativos a la industria, o sea, actos de empresa (arts. 75 frs. V a XI, XVI, etc.); este grupo también puede incluir a los depósitos en almacenes generales (art. 75 fr. XVIII), en cuanto que éstos están constituidos como negociaciones o empresas.

9.4. *Actos de comercio por su forma o por el tipo social que adoptan.* Por su forma específica, más bien, por asumir y ostentar un "tipo" de negocio propio y característico del derecho mercantil, son actos de comercio los tendientes a constituir una sociedad de las que el art. 1º LGSM califica como mercantiles; y recientemente, una SN de C; y también ciertos actos atinentes al funcionamiento de los órganos sociales, como los acuerdos de las asambleas o de las juntas de consejo de sociedades comerciales, que son actos jurídicos especiales —actos procedimiento— cuyo carácter mercantil o civil se desprende de que tal naturaleza (comercial o civil) tenga la sociedad de que se trate; en este último sentido, también se trata de actos de comercio por conexión.

Las sociedades cooperativas y las mutualistas, que tienen prohibido ejercer actividades lucrativas (arts. 1º fr. VI LGSC, y 78 fr. III LIS), son "actos" de comercio, no por su finalidad, sino meramente por la "forma" *(rectius,* tipo) que adoptan, que a su vez, la ley considera que son mercantiles (art. 6º fr VI LGSM y art. 78 caput LIS).

10. La analogía

De manera expresa, la última fracción del art. 75 C. Co. (fr. XXIV), acoge la analogía para ampliar a otros actos similares ("de naturaleza análoga a los

expresados en este Código"), alguno o algunos de la gran variedad de actos de comercio que la norma enumera en sus veintitrés fracciones anteriores. Este criterio de interpretación o de integración de la norma (Garca Máynez), por "un caso que no está en la ley y que se resuelve considerándolo comprendido en ella", como admite Bobbio,[5] permite extender el alcance y la aplicación del derecho mercantil, en cuanto que no sólo es aplicable a los actos de comercio enumerados (art. 1º C. Co.), sino a otros similares a ellos, así como de otros supuestos legales de actividades de comercio, y a situaciones y fenómenos similares no regulados expresamente, pero a los que se aplique la misma *ratio legis*, que para aquéllos. Se trata de un procedimiento lógico, que a diferencia de la inducción va en forma directa de lo semejante a lo semejante, y que se expresa en el apotegma latino *ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio*.[6]

Tales serían los casos de las cooperativas de consumo que realizan actos análogos a los de la fr. I del art. 75;[7] de las corporaciones y unidades económicas públicas, ya sea que se constituyan a la manera de sociedades (vgr. el Banco de México, que hasta 1982 fue una SA), o como patrimonios fiduciarios, de afectación (el caso de los fideicomisos públicos), o bien, como empresas estatales o paraestatales (Pemex, Ferronales, Conasupo, etc.).

10.1. *La analogía en relación con empresas.* Lo anterior, ha permitido a nuestros tribunales (Suprema Corte, Tribunal Fiscal de la Federación) calificar de mercantiles (de "actos de comercio", según la impropia terminología legal) a negociaciones distintas de las enumeradas en las fracciones V a XI del art. 75 C. Co., como son los grandes almacenes, las clínicas y laboratorios, los colegios; y como también serían las empresas de prestación de cualquier servicio (deportivo, de hospedaje, de recreo, etc.), con tal de que se den los supuestos de la empresa: organización de factores económicos, que realiza el empresario, para la oferta de bienes o de servicios al mercado.

10.2. *Analogía interpretativa e integradora.* La analogía constituye, pues, un criterio de interpretación de la norma comercial *(analogía legis)*, pero también un método de integración y complementación del sistema de nuestro derecho mercantil *(analogía iuris)*.[8]

Aquélla, comprende junto a los supuestos e hipótesis que sea posible acomodar dentro del texto mismo de la norma, literalmente aplicado, otras semejantes, a las que extienda o a las que se amplíe dicho texto de la ley. La analogía *iuris*, en cambio, es una fuente del derecho comercial, a la que se acude para integrar el sistema mercantil, tomando en cuenta los principios que le son propios (intermediación, lucro) y que lo distingue de otras disciplinas jurídicas, y sólo

[5] V. también DUALDE, *La analogía*, Rev. Gral. de Derecho y Jurisprudencia, México, 1933, p. 414.
[6] DUALDE, ps. 416 y 417.
[7] Cfr. MANTILLA MOLINA, n. 410 p. 314.
[8] DUALDE, citando a SAVIGNY: *La analogía iuris*, "para establecer la nueva norma, se aplican, inclusive, los principios generales de derecho; la *analogía legis*... parte de un precepto determinado de la ley a base de referirse a su fundamento inmediato, a la *ratio legis*".

después de que resulte inaplicable el derecho escrito (la letra de la ley), y de que se acuda a su interpretación jurídica, según dispone el último párrafo del art. 14 constitucional (por analogía, por igualdad o mayoría de razón, por extensión), pero siempre respetando el espíritu del legislador —*ratio legis*— y los antecedentes y la finalidad del sistema; a saber, solamente en casos de lagunas de la ley, y de los usos y costumbres mercantiles (Supra IV.11).[9]

10.3. *Otros supuestos de la aplicación analógica.* Ahora bien, la analogía opera respecto a los actos, contratos o instituciones incluidos y enumerados en la ley, así como respecto a ciertos servicios de carácter especulativo, como la entrega de leche, de periódicos, de carne, por ser análogos a las "adquisiciones y enajenaciones de bienes", que indica la fr. I del art. 75; los contratos de suministro, de consignación, de arrendamiento financiero *(leasing)*, y de factoraje *(factoring)*, por ser similares a los que señalan las frs. I y II: ciertas empresas que realizan actividades diferentes a las enumeradas en el mismo art. 75 son también comerciales. Y también la analogía opera en relación con la regulación especial de actos y contratos de ciertas empresas como sería el caso de la trasmisión de la negociación como unidad, que sólo se recoge en la LN (arts. 128 y 129), pero que se debe también aplicar al traspaso de cualquiera negociación, aunque no sea marítima.

10.4. *Supuestos excluidos.* En cambio, no procede ampliar los catálogos legales y aplicar la analogía, respecto a principios comerciales de naturaleza restrictiva —*numerus clausus*— o excepcional, como serían los casos de la responsabilidad del productor (art. 34 LPC), la presunción de la solidaridad pasiva que se aplica a las operaciones de crédito reguladas en la LTOC (art. 4º), los actos sujetos a inscripción en el Registro de Comercio (art. 21 C. Co.), o en fin, los tipos de sociedades mercantiles (arts. 1º LGSM y LRSPB).

10.5. *Jurisprudencia sobre la analogía.* La Suprema Corte, en lu ejecutoria María Vidals Zenteno[9 bis] indicó que la analogía requiere de dos supuestos, uno "la falta de expresión de la norma al caso concreto", y otro, "la igualdad esencial de los hechos".

[9] Sobre el tema de la analogía en el derecho comercial y el orden jerárquico de su aplicación, en el derecho italiano, V. ROTONDI, Mario, *La analogía de la ley comercial en relación con las fuentes subsidiarias del Derecho Mercantil*, en Libro homenaje a la memoria de Roberto GOLSCHMIDT, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Venezuela, Caracas, s/f. pero 1967, ps. 598 y s.
[9 bis] Amp. Dir. 1071/80, 13/VII/81, que constituye jurisprudencia obligatoria (tesis 459), citada por FRISCH PHILIPP, *La analogía de la ley comercial en relación con las fuentes subisidiarias del derecho*, en Estudios JBG, I, 541 y s.

CAPÍTULO VI

LA EMPRESA

BIBLIOGRAFÍA: ABASCAL ZAMORA, José María, *Empresa, empresarios y negociación mercantil,* en *Jurídica,* Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, número 4, México, 1972; BARRERA GRAF, Jorge, *Tratado de Derecho Mercantil, Generalidades y Derecho Industrial,* Porrúa, S. A., México, 1957; BAUCHE GARCIADIEGO, Mario, *La empresa, Nuevo Derecho Industrial. Contratos Comerciales y Sociedades Mercantiles,* 2ª ed., Porrúa, S. A., México, 1983; BERLE, Adolf y GARDINER Means, *The Modern Corporation and Private Property,* 17 ed. Nueva York, 1950; BROSETA PONT, Manuel, *La empresa, la unificación del derecho de las obligaciones y el derecho mercantil,* Madrid, 1965; GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil,* 6ª ed., reimpresión, Porrúa, S. A., México, 1979, vol. I; GIRÓN TESA, José, *Sobre las características generales, desde el punto de vista político, jurídico y conceptual de los problemas actuales en torno a la empresa,* en *Estudios de Derecho Mercantil,* en homenaje del profesor Antonio POLO, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981; MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho Mercantil,* 25ª ed., Porrúa, S. A., México, 1987; MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil,* I, Caracas, 1986; MOSSA, Lorenzo, *Trattato del Nuovo Diritto Commerciale, Secondo il Codice del 1942,* Milán 1942; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil,* 19ª ed., Porrúa, S. A., México, 1988, Vol. I; y *La empresa mercantil. Concepto, elementos y forma. Teoría de la sociedad anónima,* versión en fototipo, México, 1941; ROJO, Ángel, *El derecho económico...* Revista General de Legislación y Jurisprudencia, t. LXXX, 1980.

1. CONCEPTO

La empresa o negociación mercantil es una figura de índole económica, cuya naturaleza intrínseca escapa al derecho. Su carácter complejo y proteico, la presencia en ella de elementos dispares, distintos entre sí, personales unos, objetivos o patrimoniales otros, como son su titular (el empresario), que tanto puede ser un individuo, como una sociedad, un organismo estatal o una sociedad controlada por el Estado (en las empresas públicas), y un personal heterogéneo y variable, con diferente grado de vinculación con aquél; la presencia de un patrimonio o sea, la hacienda, compuesto de bienes, derechos y obligaciones de índole varia; la existencia de relaciones propias y exclusivas de ella, como la clientela, la llamada propiedad comercial (Infra VIII.4), el aviamiento, o sea, la actividad intelectual y hasta moral del empresario, así como ciertos derechos como los de la propiedad inmaterial (nombre comercial, patentes, marcas), y un régimen tuitivo propio, que prohíbe y sanciona la competencia desleal y que establece límites a su concurrencia en el mercado, hace de la empresa una institución imposible de definir desde el punto de vista jurídico.[1]

[1] "No se corresponde en el campo del derecho una figura jurídica unitaria, paralela, correlativa...", GIRÓN TENA, *Sobre las características,* p. 282.

No es la empresa una persona moral, ni una unidad económica o universalidad de hecho o de derecho (como sí lo es, en cambio, la hacienda o patrimonio de ella); no es tampoco, meramente, un conglomerado de personas ni una combinación de bienes: es todo esto y mucho más.[1 bis] Tampoco se explica en función de los derechos reales de propiedad o de garantía, ni de los derechos personales de uso o de goce, todos los cuales pueden existir concurrentemente, y darse respecto a su titular y a los bienes y derechos que integran la hacienda; no se trata solamente de la actividad —actos en masa— del empresario, o sea del ejercicio del comercio en forma habitual, sistemática y homogénea, sino que es esa actividad sobre bienes, derechos y relaciones jurídicas y económicas con la cooperación de personas auxiliares y dependientes del titular, todo ello con una finalidad lucativa, distinta en la empresa pública y en la privada (Infra VII.3 y 4), de concurrencia y en y para el mercado.

Por ello, tenemos que conformarnos con ofrecer un concepto económico[2] que permita y que suponga la presencia y la participación de algunos o de todos esos elementos, que considerados aisladamente, o unos en relación con otros, sí puedan explicarse a través de figuras y de conceptos jurídicos: el empresario o titular, como persona; la hacienda, como universalidad; las relaciones de aquél con el personal, a través de contratos de trabajo o de prestación de servicios; la propiedad del empresario sobre ciertos bienes de la hacienda, o el derecho de uso y de disposición que él tenga sobre ellos; la finalidad de lucro y de producción para el público, en relación con el carácter lucrativo, o no lucrativo de otras actividades, de otras empresas, o bien, con la producción de bienes a virtud de pedidos concretos y específicos (que es lo propio de la actividad artesanal).

Institución de carácter económico, la empresa pública, constituye el sujeto (económico también, no jurídico), el "centro de imputación de intereses", del derecho económico en auge; desde este punto de vista, debe hacerse notar el desplazamiento de esta figura hacia este nuevo derecho económico,[3] que tan vinculado está con la administración del Estado,[4] y que, aun trasciende a éste en los múltiples casos de "empresas transnacionales", en que "se da el fenómeno de la "universalización de la empresa" (Girón).

La empresa o negociación mercantil es una figura esencial del nuevo derecho mercantil,[5] que consiste en el conjunto de personas y cosas organizadas por el titular, con el fin de realizar una actividad onerosa, generalmente lucrativa de producción o de intercambio de bienes o de servicios destinados al mercado.

[1 bis] Sobre la cuestión de la personalidad jurídica de la empresa entre nosotros, V. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *La empresa mercantil*, ps. 6 a 15, con un breve y enjundioso análisis de derecho comparado.

[2] Sobre las diversas teorías acerca de la naturaleza jurídica de la empresa, V. MORLES HERNÁNDEZ, ps. 212 y s.

[3] Al respecto, ROJO, Ángel, ps. 275 y s.

[4] WITKER, Jorge, *La empresa pública en México y en España*, un estudio comparativo de derecho administrativo, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1982, p. 68.

[5] Por ser mercantil y por constituir un elemento fundamental, ciertas disciplinas jurídicas, como el derecho industrial (GARRIGUES, *Conferencia de clausura, En torno a la legislación mercantil*, en *La reforma de la legislación mercantil*, Civitas, Madrid, 1979, p. 385), y el derecho al consumo, todavía pueden considerarse como formando parte del derecho comercial, pero, más propiamente, pertenecen al nuevo derecho económico. V. Supra III.15.

Se trata, en primer lugar, del titular de la negociación y de la organización que impone a ella el empresario; en segundo lugar, de un conjunto organizado de personas y de bienes y derechos, e inclusive de obligaciones que aquel asume; en tercer lugar, de una actividad de carácter económico (producción y distribución de bienes, prestación de servicios); y en cuarto, que va dirigida o está destinada al mercado, o sea, al público en general. Trataremos de estos elementos en los capítulos posteriores de este libro.

2. CARÁCTER MERCANTIL DE LA EMPRESA

Es, en efecto, la empresa una institución, un concepto que está comprendido en el derecho mercantil mexicano. Ello, tanto desde el punto de vista histórico (C. Co. fr. arts. 632 y 633 y C. Co. it. de 1882, arts. 3 y 4) como formal y sustancial. Desde el punto de vista formal, porque el art. 75 que enumera los que la ley reputa actos de comercio, comprende distintas clases de negociaciones, en las fracciones VI a XI, en las que, como dijimos anteriormente (Supra V.9.3.), se listan varias, que la fr. XXIII del propio artículo se encarga de hacer extensivas a otras "de naturaleza análoga" (que la Suprema Corte ha precisado, como son sanatorios, colegios, etc. Supra V.10.2.3).

Desde el punto de vista sustancial, la empresa es comercial, porque a través de ella la persona que la organiza y la dirige, o sea, el empresario, hace del comercio —*lato sensu*— su ocupación ordinaria; y porque dicha actividad es generalmente de carácter lucrativo,[6] que es una nota propia del derecho mercantil. Como hemos dicho, es incorrecto "reputar" a la empresa como acto de comercio; porque no es un acto, sino un conjunto homogéneo y contínuo de ellos, es una actividad comercial (Supra 1).[7]

Por las razones anteriores podría decirse que toda empresa es mercantil; sin embargo, tal afirmación pecaría de exagerada. Porque, en efecto, hay algunas negociaciones no regidas por el derecho mercantil, sino por el civil, como son, las pequeñas empresas o talleres de artesanado; las empresas para la prestación de servicios de las profesionales liberales como son las de licenciados en derecho, economía, administración, arquitectos, diseñadores, etc.; o las empresas de derecho agrario: negociaciones agrícolas en sentido amplio que se dedican a la explotación directa del suelo y de sus productos, así como del ganado y de otras especies de animales, sin procesar los productos primarios que obtienen.

Tradicionalmente, no sólo en México, sino también en otros países (vgr. Italia, art. 2136 C. Civ.), pero con mayor énfasis aquí, la actividad de estas últimas negociaciones agrícolas han quedado fuera del derecho mercantil, de carácter federal entre nosotros, en contraposición de los actos civiles y agrícolas, cuya regulación compete a los Estados.

[6] Constituyen excepción las empresas cooperativas y mutualistas, que no son lucrativas, aunque sí buscan obtener ganancias y provechos con los que constituyan reservas (Infra XXXIX y XC).

[7] Un acto procedimiento según BROSETA, Pont, p. 38.

3. Carácter comercial de la empresa pública

En cuanto a las empresas públicas, o sea, aquellas que el Estado (federal, local y municipal) organiza y explota en forma exclusiva, o en las que participa en su capital y administración en forma mayoritaria o minoritaria (Infra VII.4), también las consideramos como mercantiles,[8] en primer lugar, porque responden a la naturaleza, a la actividad y a la finalidad propias de ella (ejercer una actividad comercial o industrial en forma habitual o profesional, para ofrecer bienes y servicios al mercado; en segundo lugar, porque los actos y la actividad que realicen se consideran como actos de comercio, y de carácter lucrativo, tomando el concepto del lucro en sentido amplio, no sólo como beneficio del titular o del socio del titular, sino como plusvalor del costo total de la producción de la mercancía o del servicio, que es el caso de las empresas públicas y de las cooperativas; en tercer lugar, porque están regidas por leyes federales (C. Co. y las leyes constitutivas y de funcionamiento que se les aplica).

No obsta a dicho carácter mercantil, ni que en ocasiones el titular no sea comerciante, sujeto de derecho privado, sino el Estado mismo o un órgano o agencia de éste, ni que muchas veces su constitución y funcionamiento deriven de leyes especiales, de naturaleza económica (derecho económico) o administrativa. Esto último, resulta indiferente respecto a negociaciones mercantiles tradicionales que, no obstante, se regulan por esa legislación especial (vgr. empresas de transporte, bancarias, a partir de la nacionalización de la banca; mineras, petroleras, eléctricas, etc.). Que se rijan por la Constitución u otras leyes (como la LRSPB, o la LVGC), o que su actividad constituya un monopolio de Estado, no empece a su naturaleza comercial, porque a la actividad mercantil, y a la de las empresas en particular, no es esencial la libertad de comercio, ni el principio de la autonomía de la voluntad, que suelen faltar en las públicas; como tampoco es óbice para que, sobre normas o principios jus-mercantilistas, se les aplique su legislación especial, y que ella no sea mercantil. También es indiferente al carácter comercial que se considere su actividad como de interés público, y que sus titulares y empleados se asimilen y estén regidos por los principios y las normas de responsabilidad de los servidores públicos (Supra 4 y 5). En definitiva, el comercio, como actividad humana, tiene esta naturaleza pública, y su trabajo y sus actividades en el mercado deben también considerarse como de carácter social público.

4. Importancia de la empresa en el derecho mercantil

La negociación o empresa, como manifestación de un fenómeno económico de singular importancia, y como el instrumento más idóneo y característico de

[8] El C. Civ. it., art. 2093, las incluye en el mismo título que a las empresas comerciales, arts. 2082 y sigs.

la economía contemporánea —tanto capitalista como socialista—,[9] es un hecho innegable. Como afirma Sombart: "La historia del capitalismo[10] es la historia de las empresas..., sólo en la empresa concebida con vida autónoma está asegurada la continuidad del proceso económico correspondiente al principio de la ganancia". Vivimos en una economía de grandes empresas y de empresas públicas;[11] aunque también existe una actividad comercial pequeña, no empresarial, que todavía está regulada por el derecho mercantil: artesanía, comercio ambulante y al detalle, prestación individual de servicios comerciales (vgr. choferes de taxis y de omnibuses), revisión de edificios y de instalaciones de casas y talleres, de reparaciones de maquinarias y de vehículos.

Soslayar, pues, o ignorar dicha figura, de la pequeña empresa artesanal, cuando se estudia el derecho mercantil contemporáneo, resulta injustificado e incomprensible, aunque, éste se relacione con la gran empresa y ésta, a su vez, sea una institución que no pueda explicarse jurídicamente.

Por lo demás, la negociación está reconocida, aunque todavía no esté reglamentada en forma completa y sistemática en nuestra legislación. En efetco, varias leyes mercantiles y de otra índole, se refieren a ella, como una realidad actuante, de la que surgen relaciones de naturaleza múltiple: tales son, en primer lugar, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (arts. 25, 26, 27 párrafo sexto y séptimo y frs. IV, V y VI, 28 párrafos cuarto y quinto, y 73 fr. XXIX inciso *e);* la LOAPF (arts. 3º fr. II, 46, 47, 50) y la "Ley Federal para las entidades paraestatales (LFEP, *D. O.* 14/I/86)"; en materia laboral, el art. 16 LFT; en derecho fiscal, el art. 11 CFF; en el derecho civil, inclusive, tanto en materia sucesoria (arts. 556 y 1772), como de obligaciones (responsabilidad aquiliana de empresarios (art. 1924 C. Civ.); que aluden expresamente, o en forma implícita pero muy clara, a la negociación mercantil.

Varias leyes mercantiles también se refieren a esa entidad, como la LN (arts. 127, que contiene la definición de dicha institución, 128-129); la LQ (arts. 200, 201, 321) en el derecho concursal; y muchas otras se basan y suponen la empresa, como elemento esencial para la realización de las actividades que regulan (así sucede con la LRSPB, la LOA, la LIS, la LIF y la LSI, la LGSC, la LMV).

Nuestro viejo C. Co., también omiso en cuanto al concepto y a la regulación de la empresa y de sus elementos, se refiere a ella de manera expresa, en siete de las veintitrés fracciones que enumeran "los actos de comercio" en su art. 75 (frs. V a XI), y como antes se dijo (Supra V.9.3.), muchas de las otras diecisiete fracciones aluden a dicha institución (frs. XIV, XVI, XVII primera parte, XX segunda parte, XXII), o ella debe considerarse como el supuesto normal y más frecuente —*id quod plerum que fit*— de la ejecución

[9] Sombart, Werner, *El apogeo del capitalismo,* versión española del FCE, México, 1946, II, p. 495: "entre un capitalismo estabilizado y reglamentado y un socialismo, tecnificado y racionalizado, la diferencia no es muy grande y... para suerte de los hombres y de su cultura es indiferente el que la economía esté estructurada en forma capitalista o socialista".

[10] *Derecho moderno del capitalismo,* cit., por Jiménez de Parga, *Desarrollo y expansión del Derecho Mercantil,* en el libro de homenaje a Antonio Polo, Editorial de Derecho Privado, p. 392.

[11] Girón Tena, ps. 291 y s.

de los actos relativos (así, las frs. I, II, XII, XIII, XV, XIX, XX, XXI, y XXIII en relación con el art. 4º). Esto es tan importante, que debemos sostener, como ya hemos dicho (Supra. 4), que en nuestro derecho comercial, la presencia y el régimen de la negociación es el elemento fundamental, aunque no sea el único, para determinar su contenido y precisar su ámbito de aplicación.[12] Si nuestro derecho mercantil no es, exclusivamente, un derecho sobre la empresa, ésta es imprescindible para obtener el concepto de dicha disciplina y para distinguirla de otras ramas del derecho; privado, como el derecho civil, o público, como el derecho laboral y el administrativo. La negociación, asimismo, es elemento esencial y característico de esa otra disciplina que tiende a desprenderse del derecho comercial, el derecho económico (derecho de las empresas públicas, para algunos) [13] (Supra III.15).

5. La empresa en la Constitución

Como indicamos en el número anterior, nuestra Carta Magna se refiere a la empresa, expresa o implícitamente, en los arts. 25, 26, 27 y 28. Estas disposiciones forman parte de la llamada *constitución económica;* o sea, las normas constitucionales que se refieren a la materia económica y que se "implementa" en legislación secundaria, tanto a virtud de leyes especiales, como de los planes y programas que mencionan los dos últimos párrafos del art. 26, las frs. XXIX F. y XXX del art. 73 constitucionales, así como con el art. 90 (entidades paraestatales), la Ley de Planeación *(D. O.* 5/I/83); la Ley de Comercio Exterior (Ley Reglamentaria del art. 131 constitucional en materia de comercio exterior, *D. O.* 13/I/86), el Programa Nacional de Fomento Industrial y Comercio Exterior, *(D. O.* 13/VIII/84).[14]

La creciente intervención del Estado, tendencia incontenible tanto política [15] como económicamente, que plantea en México un régimen claro de economía mixta, se reconoce y manifiesta en varios principios de nuestra Carta Magna.

La rectoría del desarrollo nacional, el "fomento del crecimiento económico", la planeación, conducción, coordinación y orientación de "la actividad económica nacional". que corresponden al Estado, según el art. 26 párrafos primero y segundo, se llevan a cabo, fundamentalmente, a través de empresas o negociaciones mercantiles y ello, en los tres sectores que enumera el párrafo tercero: el público, el social y el privado.[15 bis]

[12] En sentido similar, para el derecho español, Girón Tena, *Concepto del Derecho Mercantil en el derecho español,* en *Anuario de Derecho Civil,* tomo VII, frac. IV, 1954, ps. 108 y s.

[13] Girón Tena, p. 285.

[14] Sobre estas leyes y el Derecho Económico en general, Cfr. Witker, Jorge, *Derecho económico,* ps. 60 y s. 215 y s., y Gil Valdivia, Gerardo, *Aspectos jurídicos del financiamiento público,* UNAM, Porrúa, México, ps. 181 y s.

[15] Berle Jr., Adolf. *The 20th Century Revolution,* Harcourt Brace and Cie. New York, 1954, ps. 53 y s.

[15 bis] Gil Valdivia, ps. 31 y s.

Respecto al primer sector, el párrafo quinto del mismo art. 26 le atribuye "de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28 párrafo cuarto (y quinto) de la Constitución": a saber, "acuñación de moneda, correos, telégrafos, radiotelegrafía y comunicación vía satélite, emisión de billetes..., petróleo y demás hidrocarburos, petroquímica básica, minerales radioactivos y generación de energía nuclear, electricidad, ferrocarriles y el servicio público de banca y crédito; pues bien, todas estas actividades se llevan a cabo por empresas públicas, ya sea que estén constituidas como organismos descentralizados (Banco de México, Petróleos Mexicanos, Comisión Federal de Electricidad, Ferrocarriles Nacionales de México), o por Sociedades Nacionales de Crédito, si se trata de la "prestación del servicio público de banca y de crédito", art. 28, en el que se atribuye al Estado, exclusivamente [16] a través de las "instituciones" que establezca la correspondiente ley reglamentaria (la LRSPB).[17]

En cuanto a los sectores social y privado, el párrafo quinto del art. 25 Const. habla expresamente de "las empresas" de esos dos sectores, que estarán sometidas "a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente". Y el párrafo sexto, respecto al sector social, vuelve a referirse a "las empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores, y en general, a todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes o servicios socialmente necesarios".

El art. 27 en su fr. IV se refiere a la empresa, cuando respecto a la sociedad por acciones que sea su titular, y que se constituya con la finalidad de "explotar cualquier industria fabril, minera o petrolera, o para algún otro fin que no sea agrícola" (es decir, cualquier clase de empresas mercantiles), limita el derecho para adquirir o administrar terrenos; y lo propio hace la fr. V respecto a los bancos.

A su vez, el art. 28, además de las "áreas estratégicas", del párrafo cuarto y quinto, que, como ya se dijo, funcionan a través de empresas públicas, concede al Estado (párrafo sexto) el derecho de constituir "los organismos y empresas que se requieran para el eficaz manejo de esas áreas estratégicas a su cargo".

Además de los preceptos citados, el art. 123 de la Constitución alude a la empresas varias veces: en la fr. IX tocante al derecho de los trabajadores de participar en las utilidades de las empresas (arts. 117 y sigs. LFT); el derecho a habitaciones cómodas e higiénicas, en la fr. XII; la fr. XVI, que concede a obreros y empresarios "el derecho de coaligarse en defensa de sus intereses"; la fr. XVII, el derecho de huelga de los trabajadores y el de paro de los empresarios; etc.

[16] Esta exclusividad, no se respeta en la LRSPB, en cuanto que permite que particulares suscriban hasta el 34% del capital social; al efecto véase mi estudio, *Nueva legislación bancaria, breves comentarios sobre las dos leyes,* 14/I/85, Porrúa, S. A., México ,1985, p. 25.

[17] Inclusive, en un país como los Estados Unidos de Norteamérica, que aún se rige por principios de economía liberal, contrarios al intervencionismo estatal, ya hace 30 años la lista de actividades económicas controladas, era impresionante. Cfr. Berle, *ob. ult. cit.,* p. 49.

6. La empresa en el derecho civil y en el procesal civil

Tanto el C. Civ. como el CPC se refieren ocasionalmente a la empresa. La importancia de estas referencias es grande, por diversas razones: en primer lugar, por el reconocimiento mismo de dicha figura; en segundo lugar, por el carácter unitario que ambos ordenamientos le confieren, el cual, también se admite en la legislación mercantil (e.g. art. 309 C. Co.), laboral (art. 16 LFT) y fiscal (art. 151 fr. II CFF), y desde hace tiempo ha sido reconocido en decisiones de la Suprema Corte: [18] en tercer lugar, por el carácter supletorio de esas leyes respecto a lagunas del Ordenamiento mercantil, que se colmarían con las disposiciones del derecho civil y procesal civil (Supra IV.14 y 15).

A la negociación o empresa alude el C. Civ., como queda dicho, en los arts. 556 y 1772, que regulan su enajenación *mortis causa*, y en los arts. 1923 y 1924 en tema de obligaciones (responsabilidad civil extracontractual). El art. 1772 habla de "una negociación que *forme una unidad agrícola, industrial o comercial*"; y el 556, faculta al juez, que decida "si ha de continuar o no la negociación" que hubiera ejercido el padre o la madre (autores de la sucesión), por el menor heredero. Los arts. 1923 y 1924, imponen responsabilidad civil a los maestros en el caso de talleres o empresas de artesanía (1923), y a los empresarios en el caso de "establecimientos mercantiles" *(rectius,* empresas), por daños y perjuicios causados por operarios en la ejecución de los trabajos que se les encomienden en aquél caso, y en el ejercicio de sus funciones en este caso.

El CPC y el CFPC hace alusión al embargo o secuestro de la negociación o empresa, en los arts. 555 y 460, respectivamente. Ambas normas confieren al depositario-interventor, que hubiese sido designado en la diligencia de embargo, la atribución de "vigilar las compras y ventas (que efectúen las negociaciones mercantiles" (fr. III); y "la compra de materia prima, su elaboración y venta de los productos en las negociaciones industriales" (fr. IV); en fin, la obligación de ministrar "fondos para los gastos de la negociación...", (fr. V). La fr. VIII del art. 460 CFPC también le concede el derecho de nombrar "a su costa *(sic)* y bajo su responsabilidad el personal auxiliar que estimare indispensable para el buen desempeño de su cargo".

7. La empresa en el derecho laboral

Como en el derecho mercantil, la negociación o empresa es un dato o elemento fundamental en el derecho laboral.

El art. 16 LFT define a la empresa, "para los efectos de las normas de trabajo", como "la *unidad económica* de producción o distribución de bienes o servicios...". Y múltiples disposiciones de la misma LFT invocan a la negociación como el supuesto más frecuente de la prestación de servicios: entre otras, los arts. 11, respecto a los representantes del patrón; 13, "empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios", 15, empresas que ejecuten obras para otros; 184, "condiciones de trabajo contenidas en el contrato colectivo que rija la empresa"; 285, agentes de comercio, de seguros, vendedores, viajantes..., que "son trabajadores de la empresa a las que presten sus servicios cuando su actividad sea permanente"; etc.

[18] Cfr. mi *Tratado*, p. 174 nota 4 y p. 252 nota 4.

El derecho a participar en las utilidades de las empresas, que según indicamos establece la Constitución en el art. 123 fr. IX, se regula en la LFT (cap. VIII del título tercero, arts. 117 a 131).

En caso de trasmisión —voluntaria y forzosa— de la negociación o empresa, el art. 41 LFT impone obligación solidaria al "patrón sustituido... por las obligaciones derivadas de las relaciones de trabajo...". La Suprema Corte, en relación con la LFT anterior, de 1931 y de su art. 35, antecedente del actual art. 41, se ha encargado de precisar, desde hace más de cincuenta años, que la disposición se aplica fundamentalmente a las empresas que se transmiten como unidad económica y que continúen operando.[19]

8. La empresa en el derecho fiscal

Desde hace mas de medio siglo la LIR reconoció la empresa, y que su patrimonio podría ser objeto de tráfico jurídico. A virtud de una reforma del 3/XII/33, el art. 2º de esa LIR entonces vigente, gravaba en Cédula II al "arrendamiento de negociaciones comerciales, industriales y a las agrícolas; y la LIR que estuvo vigente a partir de 1954 *(D. O.* 30-XII-53), definía a la empresa (art. 125 fr. XII, párrafo 2º), como al "conjunto de bienes organizados con fines de lucro que requiere, para producir ingresos, materia prima, maquinaria, elemento humano y gastos de operación o alguno o algunos de estos factores".[20]

Aquella reforma de 1933 tuvo la virtud, no sólo de consagrar legislativamente el "arrendamiento de negociaciones", sino de provocar decisiones de la Suprema Corte a través de diversos juicios de amparo en que se disputaba si de hecho se trataba de ese arrendamiento, o sólo de bienes muebles o inmuebles específicos.[21]

En el derecho fiscal vigente, ya no se define a la negociación o empresa, sino que solamente se enumeran las actividades empresariales, y en función de ellas se debe inferir su concepto (art. 16 frs. I a VI CFF). El último pá-

[19] Véanse las ejecutorias citadas en la pág. 157 de mi Tratado.

[20] Barrera, Graf, *Tratado*, n. 100, ps. 154 y s., en relación con esa y otras leyes fiscales vigentes entonces, 1957.

[21] Las ejecutorias datan de una dictada el 18 de febrero de 1939, Sáinz de Campillo, María Elena, Amp. en revisión publicada en SJF, 5ª época, t. LIX, ps. 1400 y s., y otras que le sucedieron, Amp. en Rev. Sánchez Viuda de Fuente María, SJF, t. LIX, ps. 1670, de 14 de febrero de 1939; Amp. en Rev. Carmona vda. de Dubois, Elena, SJF, t. LX, 5ª época, ps. 1579 y s., de 8 de junio de 1939; Amp. Directo, Cía. Industrial Veracruzana, SJF, T. LXIV, 5ª época, ps. 3500, de 24 de junio de 1940; Amparo Directo, Rennery Gabito, Guillermo, SJF, t. LXVII, ps. 4022 y s., del 21 de febrero de 1941; Amp. en rev. Cía. Eléctrica Mexicana, S. A., SJF, t. LXIX, 5ª época, ps. 3056 y s., del 26 ed agosto de 1941; que aceptaría el concepto de la empresa, de la hacienda, del aviamiento, propuestos en la doctrina italiana (Vivante, Mossa, Rocco) y española (De Benito).

rrafo de dicho art. 16, señala como empresario a la persona física o moral que realice las actividades a que se refiere este artículo; y como establecimiento "cualquier lugar de negocios en el que se desarrollen, parcial o totalmente las citadas actividades empresariales".

Como claramente resulta, esta definición no se refiere a la empresa, sino al empresario, su titular, que es el único causante de impuestos (art. 1º idem).

La norma define y enumera las siguientes actividades empresariales. I. "*Las comerciales,* que son las que de conformidad con las leyes federales (las mercantiles, como el C. Co.) tienen ese carácter y que no están comprendidas en las fracciones siguientes", II. *Las industriales* entendidas como la extracción, conservación o transformación de materias primas, el acabado de productos y la elaboración de satisfactores", IIII. *Las agrícolas* que comprenden las actividades de siembra, cultivo, cosecha y la primera enajenación de los productos obtenidos; IV. *Las ganaderas...*, V. *Las de pesca,* VI. *Las silvícolas,* siempre que, en los tres últimos casos los productos relativos "no hayan sido objeto de transformación industrial."

Ahora bien, ese artículo 16 CFF es importante, primero, por referirse a la empresa, aunque en virtud de una sinécdoque, alude a la actividad del empresario, elemento esencial de aquélla; segunda, porque se refiere a las dos clases de empresas, comerciales en la fr. I, e industriales en la fr. II; así como a empresas y actividades que pueden no ser mercantiles sino civiles, en las cuatro últimas fracciones.

El propio CFF al regular el procedimiento de ejecución, en los arts. 151 fr. II, 164, 165, 171, 175 y 177, va mas lejos que los ordenamientos procesales civiles, CPC y CFPC, puesto que no sólo regula (Supra 6) el embargo de negociaciones, "con todo lo que de hecho y por derecho les corresponda" (art. 151 fr. II), sino el remate de ellas (arts. 175 y s.). A este tema nos referimos más adelante (Infra IX.5).

9. La empresa en la legislación mercantil. Ley de Navegación

La LN *(D. O.* 21/XI/63) es la que reglamenta a la empresa en forma más precisa (art. 127 párrafo primero), así como al empresario (art. 127 párrafo segundo, y al patrimonio o hacienda de la negociación o empresa marítima (arts. 107 y 129, 132).

"Empresa marítima es el conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos coordinados para la explotación de uno o más buques en el tráfico marítimo" (art. 127); naviero, indica el segundo párrafo del mismo artículo, es "el titular de una empresa marítima"; el buque o navío, que, con sus pertenencias y accesorios constituirá la fortuna de mar (art. 132), que constituye "una universalidad de hecho" (art. 107) y que puede ser objeto de enajenación, traspaso, arrendamiento, operaciones que deben inscribirse en el Registro Público Marítimo Nacional (art. 96 fr. I); además, la explotacinó de buques que sean de nacionalidad mexicana puede protegerse contra la competencia desleal de empresas extranjeras (art. 67 bis).

En los casos de transmisión, el art. 127 prescribe que ella implique, salvo convenio en contrario, los créditos y las deudas de la empresa marítima; y que "el adquirente... se subrogará en los contratos celebrados para la actividad de la misma, sobre pacto" (art. 128).

10. La empresa en la legislación concursal

La LQ también se refiere en varios preceptos a la empresa cuyo titular (comerciante, persona física o sociedad) caiga en quiebra. Preocupación fundamental del legislador fue la conservación de las negociaciones, y que se mantengan en actividad, a pesar de la cesación de sus pagos.[22]

Pues bien, en el periodo de ejecución de la quiebra (ocupación de bienes, arts. 175 y s.; administración de la quiebra, arts. 197 y s.; realización del activo, arts. 203 y s.), "vista la propuesta del síndico, el juez resolverá sobre la continuación provisional de la empresa del quebrado" (art. 200); y dicha continuación "se procurará... siempre que la interrupción pueda ocasionar graves daños a los acreedores" (art. 201).

11. Legislación bancaria

En torno a la empresa, como unidad, con la finalidad de ofrecer garantías de créditos otorgados a su titular, la LTOC (arts. 321 y 323) regula los créditos de habilitación o avío respecto a empresas industriales, y de créditos refaccionarios para las empresas agrícolas. Permite la Ley la constitución de una garantía prendaria (art. 331), a virtud de la cual "el acreedor tendrá derecho de preferencia... con el producto de los bienes gravados..." (art. 333), o sea, con el valor de los bienes y derechos de la hacienda o patrimonio de la empresa. Por otra parte, el art. 228 permite que, con ocasión de la emisión de certificados de participación, se constituya fideicomiso sobre toda clase de empresa, "las que, una vez más", se consideran "como unidades económicas".

A su vez, tanto la nueva LRSPB como la LOA, y la LIC anterior, que aquellas dos leyes derogaron, permiten la constitución de hipoteca "sobre la unidad completa de una empresa industrial, agrícola o ganadera o de servicios" (arts. 50 y 51, respectivamente), y concede al banco que sea el acreedor beneficiario de la garantía, la facultad de oponerse a la disgregación de la negociación hipotecaria, mediante "la venta o enajenación de parte de los bienes y a la fusión con otras empresas, en caso de que se origine con ello un peligro para la seguridad de los créditos hipotecarios".

---

[22] La Exposición de Motivos de la Ley indica que en nuestros días ya no son "conceptos centrales del derecho mercantil los de comerciante y acto de comercio, y pasa a ocupar aquél lugar el de empresa mercantil; por esto, el principio fundamental (de la Ley)... ha sido el de valoración de la empresa como personaje central del derecho mercantil. De ahí surgió la necesidad de consagrar legislativamente el principio de conservación de la empresa...".

12. Elementos de la empresa

La empresa "es un sistema... un conjunto de elementos interrelacionados o interdependientes" que "están representados por recursos humanos (empresario y personal), recursos financieros y materiales" (hacienda).[23] (Infra VII y VIII).

El titular de la negociación, es el empresario, que tanto puede ser una persona física como una persona moral (o un grupo de aquéllas o de éstas); una sociedad mercantil privada o pública, así como el Estado y entes públicos, como las SN de C ,o bien, organismos descentralizados y "empresas de participación estatal". En todos los casos, se trata de un elemento esencial de la negociación.

Corresponde al empresario la organización de todos los elementos de la negociación, tanto los de carácter humano o subjetivo (personal de la empresa), como los de naturaleza económica y patrimonial (hacienda), y las relaciones que con motivo de la explotación de la empresa establezca con el personal (contratos de trabajo y de prestación de servicios), con los proveedores y con la clientela. Esta función de organización del empresario adquiere un valor propio en la negociación —como un elemento más de su activo—, cuando ella adquiere fama y prestigio; se rabla entonces de *aviamiento*. Por tanto, al lado del empresario, como tarea de éste, de carácter intelectual y material, debe considerarse dicha función, que se convierte en nota o cualidad de la empresa; de la totalidad de ella.

Respecto del personal, también es un elemento esencial, que realiza una función de colaboración con el empresario; comprende tanto a los que tradicionalmente se llaman auxiliares del comerciante, como a los auxiliares del comercio; categorías que, en función de la empresa, calificamos ahora de auxiliares del empresario, y auxiliares de la empresa misma. Aquéllos, dependen del titular de la negociación (de alguna en particular), por lo que también se conocen como *dependientes*, vinculados por una relación laboral (salvo el caso del gerente general o factor, a quien también se designa, director general v. Infra XIV.4), los auxiliares del comercio (de la empresa) que auxilian a las empresas, a varias de ellas, y no dependen exclusivamente de una de ellas; son, pues, *independientes*, y su relación con la negociación es la de un contrato civil de prestación de servicios.

En la primera categoría, jerárquicamente se comprenden, en primer lugar, a los *funcionarios* del más alto rango, como es el gerente general o factor, a quien corresponde la representación general del titular de la empresa (art. 304 C. Co.), y que es quien dirige y en ocasiones manda y controla a la empresa; también se comprenden a funcionarios de segundo nivel (Subgerentes, subdirectores, o bien, gerentes con funciones restringidas: de área, ventas, de departamento, de personal, etc.); a estos corresponde también una representación amplia, si bien no es general, sino restringida al área o a la

[23] Fernández Ruiz, Jorge, *El Estado Empresario*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1982, p. 188. Sobre este tema, Cfr. Morles Hernández, ps. 220 y s.

actividad que se les asigne; en segundo lugar, a los empleados (de mostrador, despachadores, vendedores, cobradores, agentes del negocio o de una casa comercial), con una representación mínima, limitada a su función de ventas, de compras, de cobros, etc., sin facultades para excederlas; y en tercer lugar, a los *trabajadores y obreros*, sin representación alguna y a quienes sólo corresponde la ejecución de la obra para que fueran contratados.

Por último, elemento esencial de la negociación es su *patrimonio o hacienda (rectius*, del empresario o titular) que se integra del activo y del pasivo; es decir, por un lado, los bienes, derechos y relaciones atribuidas —en propiedad o en uso o disfrute— a la empresa (a su titular, el empresario), y por otro lado, las obligaciones y deudas que éste asuma en el ejercicio de la actividad propia de la negociación. Este patrimonio, en nuestro derecho, tiene carácter unitario, por lo que se le debe considerar como una universalidad de bienes y de obligaciones (Infra IX.1).

Su composición varía en función de la empresa misma y de la actividad que sea propia del empresario. La hacienda puede comprender toda clase de bienes (exceptos los que estén fuera del comerco, art. 747 a 749 C. Civ.), muebles, inmuebles, derechos y relaciones, y toda clase de obligaciones. Algunos de esos derechos son propios y exclusivos de la empresa —la llamada *propiedad industrial*—, como las patentes y las marcas; otros, sólo se refieren a actividades empresariales, como el aviamiento, la relación con la clientela, la llamada propiedad comercial, o sea, el derecho que tiene el empresario, arrendatario de un local de la negociación, para prorrogar a su vencimiento el contrato de arrendamiento o, en su defecto, recibir a manera de indemnización el precio que se determine como valor del prestigio y de la fama que por su actividad haya atribuido a dicho local.[24]

[24] Sobre esta "propiedad comercial" entre nosotros, V. Barrera Graf, *Tratado*, ps. 283 y s. y Abascal Zamora, José María, *Voz Propiedad Comercial*, en el *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo I, p. 2, 2ª ed., México, 1988, ps. 2600 y s.

CAPÍTULO VII

EL TITULAR Y EL PERSONAL DE LA EMPRESA

BIBLIOGRAFÍA: ABASCAL ZAMORA, *Empresa, empresarios y sociedad;* ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo,* 4ª ed. Porrúa, México, 1981; ASCARELLI, Tullio, *Iniciación al estudio del Derecho Mercantil,* Bosch, Barcelona, 1962; BARRERA GRAF, Jorge, *Tratado;* BROSETTA PONT, Manuel, *Concepto sustancial del Derecho Mercantil,* en Studi in memoria de Tullio Ascarelli, t. V. Milán, 1969, ps. 26701 y s.; CASANOVA, Mario, *Le imprese commerciali,* Turín, 1955; FERRARA JR., Francisco, *Empresarios y Sociedad,* trad. española de Francisco Javier Osset, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s/f.: GIRÓN TENA, José, *Apuntes de Derecho Mercantil,* t. II, Madrid, 1979-1980; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *La empresa mercantil;* SOMBART, WERNER, *El apogeo del capitalismo,* trad. española de Vicente Caridad, t. II, FCE, México, 1964.

1. EL EMPRESARIO

Se trata de un elemento esencial. En cuanto que la empresa, como unidad, carece de personalidad jurídica propia y en cuanto que su patrimonio tampoco constituye una persona moral, un patrimonio al que se le atribuyera esa nota y que el derecho positivo la reconociera —situación desconocida en derecho mexicano—, se necesita una persona que actúe como su titular. Esto es independiente de que sea propietario de los bienes de la empresa, considerados individualmente, o del conjunto de ellos (hacienda), ya que puede no ser propietario de algunos de ellos y sí de otros; o sólo tener el derecho de uso o goce de bienes o derechos de la hacienda, o de ella misma. Este titular es el empresario.

A él corresponde la organización de los elementos que forman la empresa, tanto los de carácter subjetivo como es el personal, como los de naturaleza objetiva, o sea, las cosas, las relaciones, los derechos, las deudas y obligaciones que integren su patrimonio. Le compete una labor de creación y de organización, previa al funcionamiento e inclusive a la constitución de la negociación, así como una actividad constante y permanente de funcionamiento y de consecución de la finalidad de la negociación, para que con ayuda del personal y con sus medios económicos, la empresa cumpla su finalidad; finalmente, en el caso de la extinción de ésta, por cualquiera razón, corresponde al empresario tomar las medidas y llevar a cabo la liquidación de la negociación.

El empresario, además, es el encargado de celebrar con terceros los actos y negocios necesarios para el cumplimiento de la finalidad de la empresa: si se trata de un empresario individual (situación cada vez menos frecuente), y obra como dueño o titular de los derechos de uso y goce de los bienes que

integren la hacienda, gozará personal y directamente de facultades de dominio, de administración, así como de la legitimación activa y pasiva; en cambio, si se trata de una persona moral, esas facultades se tendrán que ejercer a través de representantes.

Corresponde también al empresario la defensa de la negociación (por ejemplo, en contra de actos desleales de competencia de otras empresas), la constitución de garantías sobre el patrimonio de ella, unitariamente considerada, o sobre partes de él, o sobre bienes y derechos que integren dicho patrimonio (vgr. en los contratos refaccionarios, art. 324 LTOC) y también tiene facultades de disponer de ella, o de éstos, mediante contratos traslativos de dominio, como la cesión o trasmisión de la negociación (e.g. art. 129 LN) o de ciertos bienes de ella, su constitución en usufructo, en fideicomiso (art. 351 LTOC) en arrendamiento (por ejemplo, en el art. 8º LIE) o en garantía prendaria o hipotecaria (art. 51 LRSPB).

Deber del empresario (y en general del comerciante individual y colectivo), es actuar lícita y honestamente. El prototipo del sujeto del derecho comercial, dice Kozolchyk [1] tanto del derecho norteamericano como del continental, es el comerciante decente y razonable; el comerciante que debe regir su actividad por los "usos buenos", que dice la LIM (art. 218 inciso *b)*), por las buenas costumbres a que alude nuestro C. Civ. (vgr. art. 1910), por los usos honestos del comercio (según la Convención de París para la protección de la propiedad industrial, en su art. 10 bis (Supra III.12.1); empero, no priva al sujeto —empresario o comerciante— de su carácter de tal el actuar desleal o ilícitamente, y sí lo sujeta a sanciones civiles y penales que, en ocasiones, configuran sistemas tuitivos de la empresa, como es el caso en derecho mercantil de la competencia desleal, y en derecho civil de la responsabilidad aquiliana (art. 1910 C. Civ.).[2]

2. Empresarios individual y colectivo

Puede el empresario ser, como queda dicho, una persona física o una persona moral; [3] si esto último, será una sociedad, o una fundación, si se trata de figuras de derecho privado; o bien, en el derecho público, de órganos del Estado, como son los organismos descentralizados (FERRONALES, PEMEX, CFE, Banco de México, CONASUPO), sociedades de derecho mercantil público (vgr. las SN de C), o bien, sociedades mixtas, con participación estatal. Puede también ser empresario un grupo de personas físicas o de sociedades (vgr. consorcios), que actúen como co-titulares de la empresa que organicen y exploten. Ejemplo de aquél grupo, son las sociedades cooperativas (Girón Tena), en que la actividad del ente se realiza por y en beneficio de sus

[1] Boris Kozolchyk, "La Comercialización" del derecho civil ps. 446 y s.

[2] Al respecto, v. mi estudio, *Responsabilidad civil en instituciones mercantiles*, Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, México, art. 10 número 19, p. 91.

[3] Sobre esta distinción, para el derecho italiano vigente, véanse Ferrara Jr., *Empresarios y sociedades*, n. 15 y sigs. ps. 36 y s. 28, y para el español, Girón Tena, *Apuntes*, t. II, p. 35.

socios, quienes se valen de la personalidad de la sociedad misma como instrumento —legal y necesario— de su actuación.[4]

Otro ejemplo de titularidad colectiva o plural sería el de las empresas de trabajadores, a través de sindicatos y centrales obreras (CTM, Congreso del Trabajo, etc.); y también el caso de la co-gestión en que los trabajadores de la negociación y los sindicatos participan en la administración empresarial, que es hipótesis prevista en el art. 25 párrafo séptimo de la Constitución.

Si se trata, por otra parte, de un empresario individual, él suele concentrar y ejecutar la actividad de gestión y de representación de su empresa y estar ligado a sus empleados (al personal) por vínculos de afecto, patriarcales; es el tipo de empresario que tiene todavía muchos rasgos de artesanía; [5] por otra parte, es frecuente que sea dueño de los bienes de la hacienda, y no simplemente usuario, arrendatario, etc., como sucede, cada vez con más frecuencia tratándose de empresarios colectivos; por el principio de la responsabilidad general con todo el patrimonio de la empresa (art. 2964 C. Civ.), no habrá división de bienes y derechos pertenecientes a dicho individuo, ni un patrimonio separado, para efectos de responsabilidad en cuanto a los fines de la negociación, ya que de las obligaciones que contraiga el empresario independientemente de que se asuman o no con ocasión de la actividad empresarial, él responderá con todos sus bienes; inclusive frente a acreedores ajenos a dichas actividades.

Tratándose del empresario persona moral, en cambio, sí hay un patrimonio afectado, que será el de la sociedad (de la fundación, o el patrimonio fideicomitido), que en las sociedades de capitales no se mezcla con el de los socios; y los acreedores de éstos (como los herederos en el caso de la herencia yacente), no pueden hacer efectivos sus derechos en bienes del patrimonio afectado.[6] En las sociedades personales, los socios de responsabilidad ilimitada sí responden, pero sólo tienen una responsabilidad subsidiaria.[7]

Por otra parte, el empresario individual sólo puede organizar y explotar, ser titular, en suma, de empresas privadas, nunca de empresas públicas, cuya titularidad recae siempre en personas jurídicas; y siempre es un comerciante (art. 3º fr. I C. Co., porque hace del comercio su ocupación ordinaria), lo que no sucede en las empresas colectivas, públicas, con el Estado o con entes de la administación pública, cuyo *status* es de derecho administrativo, y no de derecho privado como es el comerciante, sujeto del derecho mercantil.

Por último, el empresario individual deviene tal por el ejercicio efectivo de la empresa; y por dicho ejercicio, precisamente, adquiere dicho carácter de comerciante; es decir, por la realización de la actividad empresarial, que es una finalidad de lucro; el colectivo, en cambio, adquiere tal carácter desde el momento de su constitución, por el mero hecho de asumir, y de organizarse como, uno de los tipos de sociedades mercantiles (en la empresa privada),

[4] Girón Tena, ibidem, 25. Sobre el carácter meramente instrumental de la personalidad moral, véase Barrera Graf, Jorge, *Las sociedades en derecho mexicano*, UNAM, México, 1983, ps. 120, 133, 146 e Infra XVIII.2.

[5] Sombart, Werner, ps. 380 y s.

[6] Véase, Ferrara Jr., ps. 100 y s. Son también los casos del patrimonio de familia, arts. 724 y 727, C. Civ., y del patrimonio fideicometido, art. 357 LTOC.

[7] Arts. 25, 51 y 207 LGSM.

o por ley que las crea como empresas públicas; o sea, que en este caso la asunción de la calidad de empresario-comerciante es formal en el amplio sentido de este término (elección de un tipo de sociedad o unción de tal carácter por una ley).

3. El empresario privado

A diferencia del público, el empresario privado siempre realiza una actividad económica de carácter especulativo, puesto que la empresa misma supone el lucro. Como en su lugar dijimos, la organización y el funcionamiento de las empresas, es un "acto de comercio", es decir, una actividad mercantil a la que es propia dicha finalidad lucrativa. Busca y persigue, el empresario privado, una ganancia ilimitada,[8] que beneficie directamente a la persona física que sea el titular de la negociación, o a los socios o miembros de la persona colectiva.

El empresario público, en cambio, al constituir o explotar la empresa, no siempre realiza una especulación, porque la que dirija puede dedicarse a una finalidad social (vgr. CONASUPO) y hasta de beneficencia o asistencia (Desarrollo Integral de la Familia DIF); o de servicio público(vgr. el transporte de pasajeros en el D. F.), casos en lo que no se persiga el lucro, o bien, se intenta pero como un fin secundario, adventicio inclusive; además, de obtenerse ganancias, no se repartirían entre los socios, sino que estarían destinados a la ampliación de las instalaciones y a cubrir al Estado prestaciones de carácter fiscal.

Al lado del empresario privado, principalmente si éste es una persona moral, destaca el director o gerente general, quien dirige y en ocasiones controla a la empresa, inclusive supliendo y sustituyendo a aquél (a los órganos de las sociedades), sobre todo en las grandes empresas. Es el fenómeno jurídico y sociológico conocido en derecho norteamericano como la revolución de los gerentes *(Managerial revolution)*,[9] y que durante la vigencia de la ley alemana sobre sociedades de 1932, en la época del nazismo, se conoció con el nombre de principio del líder *(Fuehrer prinzip)*.

Este fenómeno de la preponderancia del gerente general, se explica por la multitud de accionistas que tienen las grandes SA: cientos de miles en muchos casos (Teléfonos de México), y por la especial preparación técnica (financiera, contable, jurídica) y política que con frecuencia requiere ese alto cargo en dichas grandes empresas.

Desde otro punto de vista, en la práctica es frecuente que el Estado utilice en las empresas públicas esquemas y tipos de derechos privado, de sociedades, y de la anónima principalmente;[10] en esos casos, dichos esquemas que se uti-

[8] Wieland, *cit.*, por Brosetta Pont, p. 2712.

[9] Burnham, James, *La revolución de los directores*, trad. española de Atanasio Sánchez, 2ª edición, Editorial Huemul, S. A., Buenos Aires, 1962, ps. 72 y s. Sobre este asunto véase mi libro *Las sociedades en derecho mexicano*, n. 120, ps. 302 y s. e Infra XXXVIII.2.

[10] Según los datos estadísticos del Gobierno Federal obtenidos del Registro de la Administración Pública Paraestatal *(D. O.* 15/XI/82, publicados en las Ediciones Andrade de la Constitución Política Mexicana, t. II, ps. 382 bis 16-33 y s.), de un total a dicho año de 1982 de 743 empresas públicas en funcionamiento (y 106 en liquidación), 75 eran organismos descentralizados; 486 de participación estatal mayoritaria (49 en liquidación); 40, minoritaria —8 en liquidación—; y 142 fideicomisos públicos (46, en proceso de extinción). Pues bien, entre las empresas de participación estatal, mayoritaria y minoritaria, todas menos 10 eran SA, o sea, más de 500; de esas 10, 7 eran S. de R.L., 2 sociedades cooperativas y una sociedad civil (!).

lizan (sociedades, pero también fideicomisos), son tipos jurídicos que por sus características propias, su larga tradición y su adaptabilidad a designios y propósitos varios, resultan idóneos para llevar a cabo actividades económicas por los poderes públicos. En esos casos, a pesar de que el tipo o modelo que se utilice esté regulado en derecho privado (mercantil), su naturaleza y su función es pública; y su titular —empresario— también lo es.

En otros casos, el Estado a través de leyes específicas, crea entidades morales a quienes atribuye la titularidad de ciertas empresas públicas; que es el caso del Banco de México, en su nueva Ley Orgánica; o de las Sociedades Nacionales de Crédito en la nueva LRSPB; estos entes siempre son empresarios públicos.

En los casos en que el Estado se vale de esquemas privados, es corriente que se reserve, legal o estatutariamente, ciertos privilegios, en cuanto al voto, la administración o la vigilancia y las modificaciones que se introduzcan al pacto constitutivo. Así sucede tanto con las "empresas de participación estatal", en que el Estado "sea propietario del 50% o más del capital social", según se desprende de los arts. 3º frs. I, II y III, 5º y 6º LOAPG, respecto a participación estatal absoluta o mayoritaria, y los arts. 27 y 28 en cuanto a las "empresas de participación estatal minoritaria".

A la empresa privada "le están vedados muchos campos económicos que la Constitución general reserva al Estado; son aquellas que el art. 26. párrafo llama "áreas estratégicas", y que enumera el art. 28 del propio Ordenamiento.

En todos esos casos, se constituyen monopolios del Estado, para los que, consecuentemente, no rige el principio constitucional (art. 5º)de la libertad de comercio; es decir, de la libre competencia.[11]

Otras restricciones legales de índole diversa, impuestas por la propia Constitución, o por legislación secundaria, establece la ley contra las empresas privadas, o contra cierta clase de ellas: así, para extranjeros, o sociedades con socios extranjeros, está prohibida la adquisición de bienes inmuebles o de derechos reales, en la zona prohibida (art. 27 constitucional fr. I párrafo, y Ley y Reglamento de las fracciones I y IV del artículo 27 constitucional, art. 1º *(D. O.* 21/I/26), y también para los "inversionistas extranjeros que la LIE enumera en el art. 2º, las restricciones y enumeraciones que fija la propia ley, arts. 5º y 8º.

4. El empresario público

Como su nombre indica, es el titular de las empresas públicas, que pertenecen a la administración pública paraestatal, y que pueden ser, organismos descen-

[11] Inclusive, porque en las empresas en que participe el Estado como accionista o como socio, no se aplica la presunción de existencia de un monopolio a que se refiere la Ley de Monopolios (arts. 4º y 6º).

tralizados, empresas de Estado y de participación estatal, instituciones nacionales de crédito, seguros y fianzas, y fideicomisos (art. LOAPF).[12] Las primeras, son creadas por Ley del Congreso o por Decreto del Ejecutivo Federal; "con personalidad jurídica y patrimonio propios, cualquiera que sea la forma o estructura legal que adopten" (art. 45 ibid).

Las empresas de participación estatal, pueden ser mayoritarias, en cuanto que corresponda a la administración pública (centralizada o paraestatal) el 50% o más del capital social (art. 46 ibid); o bien, minoritarias, cuando la participación en su capital, por parte de organismos descentralizados o empresas de participación social, varíe entre menos del 50% y el 25%. De acuerdo con el art. 4º LOAPF, "se asimilarán a las empresas de participación estatal... las sociedades en las que una o varias instituciones nacionales de crédito, o uno o más organismos descentralizados, u otra u otras empresas de participación estatal, posean acciones o partes de capital que representen el 50% de éste, o más" (art. 48); en cambio, si en vez de dichas instituciones nacionales, se trata de instituciones de banca múltiple, que inviertan en la adquisición de acciones en sociedades que no presten servicios complementarios o auxiliares de dichas instituciones nacionales, o que no sean organizaciones auxiliares de crédito, o que sean intermediarios financieros no bancarios, o entidades financieras del exterior, dichas inversiones "no se computarán para considerar a las emisoras como empresas de participación estatal" (art. 57 purrafo final de la nueva LRSPB).

También son creadas por leyes especiales las instituciones nacionales de seguros y de fianzas, así como las organizaciones auxiliares nacionales de crédito (art. 8º de la LOA, *D. O.* 14/I/85). Todas ellas son sociedades anónimas, y respecto a estas últimas, de acuerdo con el art. Noveno Transitorio de la LRSPB, fueron transformadas de SA a SN de C, dentro de los 180 días naturales, a partir de la vigencia de esta ley de 15 de enero de 1985.

Los fideicomisos públicos, de acuerdo con el art. 48 LOAPF, son los constituidos por la SH, como fideicomitente único de la administración pública centralizada del Gobierno Federal (art. 1º LOAFP: es decir, la administración que está constituida por la Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República), así como los que se creen con recursos de las entidades a que alude el art. 3º, i.e. organismos descentralizados: (fr. I), empresas de participación estatal y las instituciones nacionales que se indican en el párrafo anterior de este libro (fr. II), y otros fideicomisos (fr. III).

Ahora bien, dentro de esta amplia gama de empresas de la Administración Pública Federal, es funcionario o servidor público (Título Cuarto de la Const. art. 108) "toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal" (art. 108 caput); y la propia norma distingue dos categorías de servidores públicos: los funcionarios y los empleados. En nuestro derecho administrativo, se distinguen ambas categorías.

Del art. 110 Constitucional puede —quizás— desprenderse quienes sean los funcionarios; por exclusión serían servidores quienesquiera otras personas que

[12] Sobre las empresas públicas en nuestro derecho, V. Acosta Romero, ps. 228 y s.

desempeñen empleos, cargos o comisiones. Entre aquéllos comprende dicha norma a los "directores generales o sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos". Son "servidores públicos" que como los más altos funcionarios, están sujetos a "juicio político", con el alcance que fija el art. 109 Const., y a la responsabilidad de los funcionarios públicos (art. 108); si bien, para esos "directores generales, o sus equivalentes", no se les aplicarían los requisitos de los arts. 111 y 112 Const. relativos al procedimiento penal de los altos funcionarios.

Esos "directores generales o sus equivalentes" (gerentes generales), son los factores del derecho comercial, a quienes corresponde la representación general de la empresa y las facultades para realizar todos los actos concernientes a ella (art. 309 y sigs. C. Co.) (V. Infra XIV.4 y sigs). Se equiparan, pues, a los directores y gerentes generales de las empresas privadas. Las leyes o disposiciones administrativas que crean esos organismos públicos, así como la LOAPF, suelen restringir sus facultades,[13] así como someter sus nombramientos al acuerdo del Presidente de la República, o bien, disponer que un Secretario de Estado sea el director general, y otra persona actúe como gerente general.

Tales son los casos, entre nosotros, del Banco de México (art. 28 de su Ley Orgánica, *D. O.* 31/XII/84), de la Nacional Financiera (art. 22 de su Ley Reglametnaria, *D. O.* 26/XII/86); de las Sociedades Nacionales de Crédito (art. 24 LRSPB, *D. O.* 14/I/85); del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos (art. 22 de Ley Orgánica, *D. O.* 20/I/86), del Banco Nacional del Pequeño Comercio (art. 26 de Ley Orgánica, *D. O.* 20/I/86), y en general de los organismos descentralizados.

Estos directores generales o sus equivalentes están sujetos en cuanto a las responsabilidades públicas, a lo dispuesto en la Constitución; pero, tratándose de su responsabilidad civil, en el sentido más amplio de este término (contractual, extracontractual, objetiva), en ausencia de normas especiales rigen las reglas del derecho mercantil y del derecho común. Aquéllas, en cuanto especiales, respecto a la institución del factor o representante general de la empresa mercantil (que dicho carácter tienen estas empresas públicas aludidas); las del derecho civil o común, como derecho general supletorio en los casos de lagunas, tanto en materia comercial como en materia de derecho público. Entre otras reglas del derecho civil, se aplicaría la del art. 1928 C. Civ., según la cual, además de la responsabilidad propia del funcionario y de la sociedad o entidad a cuyo nombre actúe, cabe la responsabilidad subsidiaria del Estado, en los términos y con la extensión que indica dicha norma.

[13] Por ejemplo, el art. 53 de la LOAPF establece que en los casos que proceda, "el Ejecutivo Federal... determinará qué funcionarios habrán de ejercer las facultades que implique la titularidad de las acciones que forman el capital social de las entidades de la administración paraestatal. A falta de dicha determinación —agrega la norma— el titular de la Secretaría de Estado o Departamento Administrativo a que corresponda la coordinación del sector respectivo, hará esta designación".

5. El personal de la empresa

La empresa, además de ser un complejo de bienes organizados por el empresario (Supra VI.1. e Infra VIII.1.), es una comunidad de personas en la que siempre existe una relación jerárquica: como jefe, el empresario, y subordinado a él, el personal.

En su sentido más amplio, éste comprende a funcionarios, empleados y trabajadores;[14] en cuanto que todos ellos dependen del empresario o titular de la negociación, hay una subordinación de aquéllos a éste, o a delegados de éste, como es el director de la empresa, de quien dependen los funcionarios; y también dependiendo de éstos, los trabajadores, a quienes sólo corresponde la ejecución de la obra para la que hubiesen sido contratados.[15] Así pues, en este sentido estricto, no formará parte del personal quien dirija a la empresa y dé órdenes al personal inferior. Por tanto, el gerente general (cualquiera que sea la forma en que se le designe) no integra este elemento, si el personal jerárquicamente inferior está supeditado a sus instrucciones.

Obviamente, tampoco puede considerarse que forman parte del personal de la empresa los llamados auxiliares de ésta (auxiliares del comercio, según la terminología tradicional) (Infra XVI.3), porque los servicios que prestan no son permanentes, sino eventuales y ocasionales, y porque no sólo trabajan para una empresa sino para varias; hay en ellos un ofrecimiento público de servicios, por lo que, a su vez, a diferencia del personal propio, pueden estar constituidos como empresas (e.g., art. 75 fr. X C. Co.), por la naturaleza de las funciones que desempeñan, o sea, dirección, inspección, vigilancia y fiscalización (art. 9º LFT).

En general, el vínculo que une al personal con el empresario, en cualquiera de las tres categorías indicadas, es de carácter laboral, y en consecuencia, la relación está regida por la LFT. El gerente general, en cambio, no es trabajador, sino que se vincula a la empresa a través de un contrato de prestación de servicios, de naturaleza civil, muy laxo en cuanto a sus derechos y obligaciones, porque no tiene un horario fijo, ni una jornada, y suele no limitarse al sueldo que se convenga sino que, además, tener una participación en las utilidades: es quien da las órdenes al personal inferior.

Por lo demás, que este último participe, no sólo en las utilidades de la negociación, lo que constituye una obligación legal (art. 123 fr. IX de la Constitución), sino también en la administración de la empresa, lo que es aún facultativo (fr. IX inciso *f)* del propio art. 231), no excluye que subsista la relación laboral subordinada. Como tampoco se excluye ésta, tratándose de trabajadores de confianza por la naturaleza de las funciones que desempeñan, dirección, inspección, vigilancia y fiscalización (art. 9º LFT), como es el caso, entre otros,

[14] En nuestro derecho administrativo, la distinción entre funcionarios y empleados estriba, como también en derecho mercantil, en el carácter representativo general de aquéllos, y sólo limitado de éstos, Cfr. Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo,* 11ª ed., Porrúa,, México, 1966, p. 131; Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo,* 6ª ed., Porrúa, S. A., México, 1974, p. 381, Acosta Romero, *op. cit.,* ps. 668 y s.

[15] Cfr. Sombart, p. 389, refiriéndose al "taylorismo", aun cuando sin mostrar simpatía alguna por Taylor, su autor.

de contadores, auditores internos, cajeros, abogados, secretarios y choferes de funcionarios, etc., quienes tienen un tratamiento especial en la LFT (arts. 182 y s.).

Entre sí, las tres categorías del personal se distinguen y diferencian en cuanto que a los funcionarios corresponde una amplia representación del empresario (obran a nombre y por cuenta de éste); la cual va de la representación general del gerente general (factor, director, administrador único) que establece la ley (art. 309 C. Co.), hasta la representación de los funcionarios secundarios, como son los sub-gerentes, sub-directores, apoderados y mandatarios, que está limitada por el ámbito y la naturaleza propia de sus funciones, o por estar al frente de secciones o divisiones de la negociación; como sucede con los gerentes (aunque se designen como "generales") de sucursales, de agencias, de establecimientos, así como gerentes de zonas, de ventas, de compras, de personal, de fianzas, etc.

Los empleados dependientes (o mancebos en la terminología tradicional) sólo gozan de una representación de la empresa que se restringe a la actividad que se les encomienda y para que sean contratados (art. 321 C. Co.); al empleado de mostrador, vender los productos o prestar los servicios de la empresa, sin facultades de otorgar créditos o descuentos, salvo que así se haya pactado; y con frecuencia, sin facultades de recibir pagos(que deben enterarse en las "cajas", a los empleados de ellas); el boletero y el cobrador de las empresas de transporte, sólo tienen la representación necesaria para el cumplimiento de sus funciones; el agente viajero o viajante de una empresa, ofrecer los productos que ella elabore, venderlos, y si así se pacta, recibir pagos (art. 323).

Finalmente, a los trabajadores u obreros no les corresponde facultad representativa alguna, salvo la indispensable para la consecución de la obra o trabajo que se les encomiende. Realizan una actividad material a favor de la empresa, sin que pueda decirse que, jurídicamente, obren a nombre del empresario.

Por lo que toca a la responsabilidad, está en función de su vinculación con el empresario: el gerente general responde del cumplimiento fiel de sus actos, debiendo obrar con diligencia máxima; cuando controle la empresa responde en lo personal, aunque subsidiariamente, de los actos ilícitos que ejecute a nombre de ella (art. 1910 C. Civ.); igualmente, cuando excede sus facultades responde personalmente, salvo que el principal o mandante ratifique esos actos *ultra vires* (arts. 289 C. Co.).

La responsabilidad de empleados y trabajadores es la que fija (arts. 31, 32, 42) y sanciona (art.. 47) la LFT.